

El asesinato por la intención del sujeto: “para facilitar la comisión de otro delito” o “para evitar que se descubra”¹

M.^a del Valle Sierra López

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

SIERRA LÓPEZ, M.^a del Valle. El asesinato por la intención del sujeto: “para facilitar la comisión de otro delito” o “para evitar que se descubra”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2019, núm. 21-13, pp. 1-34.
<http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-13.pdf>

RESUMEN: Transcurridos más de tres años desde la entrada en vigor de la circunstancia 4.^a en el delito de asesinato, es necesario analizar su incidencia teórico-práctica y su consolidación. Los objetivos de este trabajo de investigación son los siguientes: en primer lugar, se analizarán las consecuencias de configurar una modalidad del asesinato a través de una concreta intención (matar para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra); en segundo lugar, se abordarán algunas de las cuestiones más discordantes de esta agravación del asesinato tipo básico, como su fundamento y naturaleza; en tercer lugar, se determinará su espacio de juego frente a las restantes agravaciones del asesinato y los problemas de compatibilidad entre ellas; y, en cuarto lugar, se analizará la concurrencia con alguna de las circunstancias del asesinato hipercualificado y con otras figuras delictivas. Así mismo, se examinarán los criterios jurisprudenciales más recientes sobre la materia.

PALABRAS CLAVE: asesinato, para facilitar la comisión de otro delito, para evitar que se descubra

un delito, móviles, elementos subjetivos, fundamento, naturaleza jurídica, concursos.

TITLE: Murder based on the person's intention: “to facilitate the commission of other crime” or “to avoid being discovered”

ABSTRACT: It's been three years since the 4th element that constitute a murder came into effect and it's time to analyze its theological and practical questions, as well as its consolidation. This study has its aim: firstly, to analyze the consequences of configuring one of the murder categories by focusing on specific intentions (killing in order to facilitate the commission of other crime or to avoid being found); secondly, to discuss some of the most conflicting question about this basic form of murder, as its justification and legal grounds; and thirdly, to determine its own play field against other circumstances that constitute a murder and the problems of compatibility between them; and finally, to analyze when it is presented with some of the elements that make more severe murder degree or with other crimes. In addition, the paper also will discuss the criteria used in recent sentences over this matter.

KEYWORDS: murder, facilitate to commit other crime, motive, mens rea, basis, legal nature, concurrence of crimes.

Fecha de publicación: 26 agosto 2019

Contacto: mvsielop@upo.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PUNTO DE PARTIDA: LOS MOTIVOS O INTENCIONES EN EL ASESINATO. III. MATAR PARA FACILITAR LA COMISIÓN DE OTRO DELITO. 1. Fundamento. 2. Precisiones terminológicas de la expresión “para facilitar la comisión de otro delito”. IV. DOLO Y ELEMENTO SUBJETIVO. V. PROBLEMAS CONCURSALES. VI. MATAR PARA EVITAR QUE SE DESCUBRA (EL DELITO PREVIAMENTE COMETIDO). 1. Fundamento de la circunstancia. 2. Características del hecho encubierto. 3. La relación entre el delito encubierto y la muerte. VII. DOLO Y ELEMENTO SUBJETIVO. VIII. PROBLEMAS CONCURSALES. IX. CONCLUSIONES. Bibliografía.

¹ Trabajo de investigación realizado en el marco del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas (CIPEC, SEJ047).

I. INTRODUCCIÓN

Casi cuatro años después de su entrada en vigor, ya podemos considerar asentada la nueva regulación del asesinato. Las escasas sentencias habidas hasta el momento dejan ya traslucir los problemas técnicos que presenta la nueva regulación. Al mismo tiempo, podemos empezar a vislumbrar los efectos de esta precipitada y poco meditada nueva tipificación de una figura que desde 1995 estaba sólidamente instalada.

En pos de una mayor concisión expositiva, he decidido abordar únicamente el análisis de la circunstancia 4.^a, dado que es la novedad en el tipo básico del asesinato. Esta circunstancia, como sabemos, acoge dos modalidades que el presente trabajo analiza separadamente. No obstante, soy consciente de que muchas de las cuestiones que se planteen en la figura de “matar para facilitar la comisión de otro delito” se presentan también en la de “matar para encubrir”, pero por razones de sistematización serán tratadas en diferentes apartados.

II. PUNTO DE PARTIDA: LOS MOTIVOS O INTENCIONES EN EL ASESINATO

De todas las novedades que trajo la reforma de 2015, la más impactante (junto con la incorporación de la prisión permanente revisable) fue la modificación operada en el delito de asesinato. La introducción de una nueva circunstancia en el tipo básico tuvo un claro efecto “sorpresa” por muchas razones, pero de entre ellas destaco, como punto de partida, el hecho de que rompiera la línea seguida en la trayectoria legislativa del asesinato. En este, el mayor peso específico lo ostentaban *los modos de comisión* del delito; *la motivación del autor* había tenido una mínima relevancia a través de la circunstancia 2.^a (“por precio, recompensa o promesa”). Siguiendo con ese efecto “sorpresa”, otro elemento a tener en cuenta lo constituyó el que se añadiera una circunstancia más cuando la tendencia general había sido claramente reduccionista. Y ello se aprecia en la evolución histórica de la figura

delictiva. Si partimos del Código Penal de 1822², nos encontramos con un gran número de supuestos que daban lugar al asesinato, concretamente siete, entre los cuales se encontraban las circunstancias de dar muerte para facilitar la comisión de otro delito e impedir que se descubriera. Concretamente, el texto establecía que eran asesinos los que mataran a otra persona “[...] sexta: con el fin de cometer cualquier otro delito o con el de castigar la resistencia que en la ejecución de éste oponga la persona asesinada, o con el de impedir que estorbe o embarace la misma ejecución, o que lo descubra o detenga al delincuente después de cometido”. En este momento aparecía un copioso catálogo de asesinatos intencionales (muy casuísticos) que fueron desapareciendo en los posteriores textos legislativos³: en el Código Penal de 1848 las circunstancias quedan reducidas a cinco⁴, y las agrupadas en torno a la motivación del agente, reducida a una (por precio o promesa remuneratoria). En esta línea se mantiene el Código Penal de 1870⁵. Rompiendo esta inercia, el Código Penal de 1928 aumenta el número de circunstancias e introduce algunas vinculadas a la motivación del sujeto activo⁶ (la tercera y la sexta).

² Art. 609: “Son asesinos los que maten a otra persona no solo voluntariamente, con premeditación y con intención de matarla, sino también con alguna de las circunstancias siguientes: Primera: en virtud de dones o promesas que se les hayan hecho previamente para que maten o hieran a aquella persona, o a otra en cuyo lugar se haya tenido a la asesinada. Segunda: con previa asechanza, ya aguardando a la persona asesinada, o a la tenida en lugar suyo, en uno o mas sitios para darle la muerte; ya observando la ocasión oportuna para embestirle; ya poniéndole espías o algún tropiezo o embarazo para facilitar la ejecución; ya buscando auxiliares para el mismo fin, o ya empleando de antemano cualquier otro medio insidioso para sorprender a dicha persona y consumir el delito. Tercera: con alevosía o a traición y sobre seguro, ya sorprendiendo descuidada, dormida, indefensa o desapercibida a la persona asesinada, ya llevándola con engaño ó perfidia, o privándola antes de la razón, de las fuerzas, de las armas o de cualquier otro auxilio para facilitar el asesinato; ya empeñándola en una riña o pelea, provocada por el asesino con ventaja conocida de parte de este; o ya usando de cualquier otro artificio para cometer el delito con seguridad o sin riesgo del agresor, o para quitar la defensa al acometido. Cuarta: con sustancias o bebidas venenosas o nocivas que a sabiendas se hayan aplicado a la persona asesinada, o se le hayan hecho tomar, de cualquier modo que sea. Quinta: con la explosión o ruina de materiales preparados para el asesinato; o con fuego que para matar a la persona se ponga en la casa o sitio en que se halle. Sesta: con tormentos o con algún acto de ferocidad o crueldad, bien se cause la muerte por alguno de estos actos, bien se cometa alguno de ellos con el cadáver después de darle la muerte. Sétima: con el fin de cometer cualquiera otro delito, o con el de castigar la resistencia que en la ejecución de este oponga la persona asesinada, o con el de impedir que estorbe o embarace la misma ejecución, o que lo descubra o detenga al delincuente después de cometido. Los asesinos serán infames por el mismo hecho, y sufrirán además la pena de muerte”.

³ Sobre la evolución histórico legislativa, Alonso Álamó, M.: “La reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015”, Cuadernos de Política Criminal, n.º 117, 2015, pág. 7 y ss.

⁴ Art. 324 CP de 1848 : “El que mate a otro, y no esté comprendido en el artículo anterior, será castigado: 1.º Con la pena de cadena perpetua o la de muerte, si lo ejecutare con alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª Con alevosía. 2.ª Por precio ó promesa remuneratoria. 3.ª Por medio de inundación, incendio o veneno. 4.ª Con premeditación conocida. 5.ª Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido. 2.º Con la pena de reclusión temporal en cualquier otro caso”.

⁵ Art. 418: “Es reo de asesinato el que, sin estar comprendido en el artículo anterior, matare a alguna persona, concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1ª Con alevosía. 2ª Por precio o promesa remuneratoria. 3ª Por medio de inundación, incendio o veneno. 4ª Con premeditación conocida. 5ª Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido. [...] El reo de asesinato será castigado con la pena de cadena temporal en su grado máximo a muerte”.

⁶ Artículo 519: “Es culpable de asesinato el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1. Alevosía. 2. Premeditación conocida. 3. Ejecutar el hecho para preparar, facilitar, consumir u

Mientras tanto, la regulación del asesinato evolucionaba de modo diferente en los países de nuestro entorno⁷. Es común encontrar un mayor número de circunstancias vinculadas a la motivación o intención del agente. El Código penal alemán (parágrafo 211.II), el Código penal francés (art. 221.2) o el Código penal italiano (art. 577) son algunos ejemplos: además de la de facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra, cuentan con otras circunstancias, como las muertes que acompañan o siguen a la comisión de otro delito, o las de matar por motivos abyectos, por codicia, o por placer de matar...

El contraste es grande si comparamos la situación más allá de nuestras fronteras con la evolución legislativa nacional, que se ha mantenido fiel a las circunstancias que desde 1848 calificaban el asesinato, pero que se rompe en 1995 con la acertada supresión de dos de ellas (la de premeditación y la de incendio, veneno o explosivos). Si a esta inercia legislativa le añadimos una sólida interpretación del asesinato (al margen de discusiones sobre su autonomía en relación al homicidio) tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia y una larga tradición de circunstancias vinculadas a los medios o modos de comisión, no resulta extraña la fría acogida a la circunstancia “para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra”. A ello también contribuye el hecho de que el legislador no ofreciera ninguna explicación a su introducción.

En definitiva, nos encontramos ante una circunstancia a la que hay que darle un espacio de juego en un delito que se ha mantenido inalterable en las múltiples reformas producidas desde el año 1995.

En una primera aproximación, esta agravante constituye, junto con la 2.^a (por precio, recompensa o promesa), el grupo de circunstancias basadas en los motivos e intenciones del sujeto activo. Sin embargo, ambas presentan una morfología muy distinta. Mientras que en el asesinato por precio, recompensa o promesa todo el peso del injusto descansa en la producción de la muerte y su causa, en la circunstancia 4.^a lo singular es que se valora un elemento que trasciende a la muerte: la intención del autor, el favorecimiento de otro delito o su encubrimiento.

Esta singular característica (la finalidad) nos traslada a un nuevo escenario. Recordemos que desde el CP de 1995 las circunstancias que configuraban el delito (a excepción de la segunda) estaban vinculadas a la peligrosidad de los medios, y ello propició la elusión de un posible debate sobre la existencia de una figura delictiva asociada a consideraciones culpabilísticas o de peligrosidad del autor⁸. Ahora la

ocultar un delito, o para impedir el descubrimiento de otro, háyase o no éste realizado. 4. Precio o promesa remuneratoria. 5. Ensañamiento, aumentando inhumana e innecesariamente el dolor del ofendido. 6. Por impulso de perversidad brutal. 7. Por medio de venenos o de otras sustancias gravemente peligrosas para la salud. 8. Por medio de explosivos, inundación, incendio, sumersión, naufragio o por cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de otras personas”.

⁷ Sobre la regulación del asesinato en la legislación comparada, Alonso Álamo, M.: “La reforma del homicidio doloso...”, págs. 10 y ss.

⁸ Sobre esta cuestión en el derecho comparado, Torío López, A.: “Estudio de la reforma de los delitos

situación ha cambiado, pues la introducción de la circunstancia 4.^a genera la controversia sobre una figura delictiva que se asocia a las características internas del autor, en definitiva, a sus intenciones. De ahí que la “ratio” de la circunstancia cobre un gran peso en esta materia. Pero, como apuntaba anteriormente en la introducción, por razones de sistematización esta cuestión se abordará separadamente en cada una de las dos modalidades.

III. MATAR PARA FACILITAR LA COMISIÓN DE OTRO DELITO

El efecto “sorpresa” de la última de las circunstancias del asesinato también lo provoca una característica formal: el legislador enumera como una circunstancia lo que en realidad son dos (para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra). Ello exige aproximarse separadamente a ellas, aun cuando se sea consciente de que muchas cuestiones serán comunes. Pero el ámbito de aplicación de cada una de ellas será distinto, luego es necesaria una clara delimitación entre ambas. En definitiva, es evidente que esta circunstancia esconde una mayor complejidad de lo que a simple vista pueda parecer. De hecho, algunos de estos problemas se pusieron de manifiesto en los informes de los operadores jurídicos a los textos prelegislativos: por ejemplo, en el *Informe del Consejo de Fiscales al Anteproyecto de Código Penal*⁹, que llamaba la atención sobre los problemas que podrían plantearse con el principio *non bis in idem* (como veremos *infra*). También la doctrina¹⁰ alertó de las complejidades y ambigüedades de esta circunstancia.

Comenzamos el análisis de la primera de las modalidades: matar para facilitar la comisión de otro delito. La singularidad de esta modalidad es que transforma la muerte de una persona en asesinato si se constata la finalidad perseguida por el sujeto activo. Como puede apreciarse, su morfología difiere de las restantes circunstancias configuradoras del asesinato. Veamos a continuación cuál es su fundamento, cómo se conforma y cuáles son los problemas que cabe plantear y que la pueden dotar de una cierta complejidad aplicativa.

Comenzamos por su fundamento, ya que la ausencia de una justificación por parte del legislador que explique la necesidad de su presencia aviva el debate doctrinal y exige un pronunciamiento por mi parte.

contra la vida (parricidio-asesinato)”, en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal*, Bilbao, 1983, págs. 104 y ss. También, Sanz Morán, A. J.: “Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida”, en *ADPCP* 1995, págs. 804 y ss.

⁹ <http://www.juecesdemocracia.es/legislacion/INFORME%20ANTEPROYECTO%20CP%202012%20CONSEJO%20FISCAL.pdf> [20/12/2018]

¹⁰ Peñaranda Ramos, E.: “Delito de asesinato: arts. 139, 140 y 140 bis CP”, en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012* (Álvarez García, Dir.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 496 y ss.; Sierra López, M.^a V.: “Homicidio y asesinato: las modificaciones previstas en las últimas reformas legislativas (El Proyecto de Reforma del Código Penal de 20 de septiembre de 2013)”, en *Revista de derecho y proceso penal*, n.º 33, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2014, pág. 137; Alonso Álamo, M.: “La reforma del homicidio doloso...”, pág. 40.

1. *Fundamento*

Cuando se incorpora esta modalidad en el asesinato, un importante sector doctrinal entiende que su fundamento radica en una mayor culpabilidad del autor, aunque manteniendo una postura crítica ante ello¹¹. La mayor culpabilidad se explica por el móvil del sujeto activo en tanto en cuanto es revelador de su actitud interna, al no dudar en matar para lograr su finalidad¹². Este mayor reproche lo demuestra la relación medio a fin a la que es sometida la víctima. Su instrumentalización o cosificación revelaría una menor actitud moral o ética del autor y una mayor culpabilidad individual.

Las críticas a este planteamiento provienen de los principios base de nuestro Derecho penal. Un Estado democrático y de derecho no puede sustentar un incremento punitivo sobre la actitud interna del autor porque, entre otras cosas, supone dar entrada al Derecho penal de autor, desde el momento en el que el ánimo o actitud interna del sujeto (que se mueve por “motivos abyectos”) explicaría la conversión de homicidio a asesinato¹³. Objetivamente, no se añade ningún elemento al hecho de matar: únicamente el móvil justifica la agravación punitiva¹⁴.

Desde mi punto de vista, la razón de ser de esta circunstancia no está en una mayor culpabilidad del autor. Entiendo que, si la culpabilidad está referida, entre otras cosas, a la capacidad motivacional de la persona, ello no explica por qué tiene que motivarse más o por qué se le castiga más gravemente a quien mata para facilitar la comisión de otro delito que a quien mata para obtener cualquier otra finalidad. Y, teniendo en cuenta que la conducta humana está guiada siempre por una finalidad, desde el punto de vista social puede resultar más perturbador matar sin motivo alguno que hacerlo movido por una concreta causa o finalidad. En contra de este argumento se podría afirmar, entonces, que lo que se reprocha más no son los “motivos”, sino la naturaleza de los mismos, es decir, el que estos sean calificados como “móviles abyectos o reprochables”. Y ello nos introduce en valoraciones éticas o morales para su distinción, con lo que se abre una puerta a la confusión

¹¹ Entienden que esta es la razón de ser de la circunstancia, aunque criticando dicha fundamentación: Cuenca García, M. J.: “Problemas interpretativos y de «non bis in idem» suscitados por la reforma de 2015 en el delito de asesinato”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 118, 2016, págs. 140 y 141; Álvarez García, J. / Ventura Püschel, A.: “Delitos contra la vida humana independiente: homicidio y asesinato (artículos 138, 139, 140 y 140 bis)”, en *Comentario a la reforma penal de 2015*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2015, pág. 326.

¹² Estas parecen ser las razones apuntadas por el Tribunal Supremo (STS 102/2018, de 1 de marzo, en su fundamento jurídico séptimo) cuando afirma que “la *ratio* de la agravación no es la comisión de otro delito, sino la consideración del móvil que lleva a acabar con la vida de otra persona”.

¹³ Criticando también esta posición, Peñaranda Ramos, E.: “Delito de asesinato...”, pág. 497; Peralta, J. M.: *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de los motivos individuales para el Derecho Penal liberal*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, págs. 38 y ss.; Pantaleón Díaz, M y Sobejano Nieto, D.: “El asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra: La propuesta de dos modalidades de asesinato en el Código Penal Español”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 29, 2014, págs. 232 y ss. (También en <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/5609> [20/12/2018]).

¹⁴ Sobre las críticas a la fundamentación retribucionista, Peralta, J. M.: *Motivos reprochables...*, págs. 38 y ss.

entre derecho y moral. Por otra parte, tampoco se explica por qué debe tener mayor pena matar para facilitar la comisión de otro delito que matar para facilitar la comisión de un hecho desaprobado social o incluso jurídicamente, pero que no es delictivo¹⁵.

Para otro sector doctrinal, la justificación se encuentra en el mayor contenido de injusto en base al mayor desvalor del resultado. Matar para facilitar la comisión de otro delito implica la lesión de la vida a la vez que se pone en peligro (abstracto) un ulterior bien jurídico protegido por el delito que se pretende facilitar¹⁶. Pero esta tesis no puede salvar un escollo: si su razón de ser fuera un mayor contenido de injusto proveniente de la conexión entre la producción de la muerte y el delito facilitado, la mayor o menor gravedad de este debería ser correspondientemente considerada¹⁷. Desde mi punto de vista, este inconveniente sirve para reforzar la tesis de un mayor desvalor de la acción¹⁸ como fundamento de la cualificación. Si todo el peso de esta modalidad lo tiene el elemento subjetivo (matar para facilitar otro delito), es el modo de realizar la acción lo que justifica el aumento punitivo. La intención contiene mucha información, pues significa que el sujeto es capaz de instrumentalizar a la víctima para lograr su objetivo, es decir, no duda en matar para alcanzar su finalidad. Siendo así, esta modalidad también revela una mayor peligrosidad del autor.

En este sentido, coincido con los partidarios de la peligrosidad como justificación de la agravación: quien mata por motivos reprochables revelaría una mayor peligrosidad criminal que quien mata, por ejemplo, por motivos piadosos¹⁹. Esto implica que los motivos constituyen un indicio importante de la peligrosidad, pues revelan una mayor intensidad o fuerza a la predisposición o decisión criminal²⁰. Aquí los motivos no son significativos por la calidad moral del autor, sino porque constituyen un indicio de la mayor potencialidad delictiva en el sujeto²¹.

Creo que lo singular de la primera modalidad objeto de análisis es que, por la puerta de atrás, se le da protagonismo a una peligrosidad por la cualidad del autor,

¹⁵ En parecidos términos, Suárez-Mira Rodríguez, C.: “Del homicidio y sus formas (Arts. 138 y ss)”, en González Cussac, J. (Dir.): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 479; Peñaranda Ramos, E.: “Las nuevas modalidades de los delitos de homicidio y asesinato introducidas por la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código penal”, *Cuadernos Penales José María Lidón*, n.º 13/2017, Universidad de Deusto, Bilbao, 2017, pág. 30.

¹⁶ En el mismo sentido y en relación a la legislación alemana, Sanz Morán, A.J.: “Presupuestos para...”, pág. 808.

¹⁷ Peñaranda Ramos, E.: “Las nuevas modalidades...”, pág.30

¹⁸ De esta opinión, Alonso Álamo, M.: “La reforma del homicidio doloso...”, pág. 41. La autora hace hincapié en el hecho de que “la regulación encierra una característica del *ánimo encubierto*, oculta en la finalidad del autor”. Y esta característica explicaría que “no se haga referencia a la gravedad del delito que se pretende realizar y que también si éste fuera leve la agravante podría venir en consideración: porque lo que en el fondo importa desvalorar especialmente es la reprochable actitud interna del autor que no duda en matar con tal fin”.

¹⁹ Vid. la exposición de esta tesis y su crítica en profundidad en Peralta, J. M.: *Motivos reprochables...*, pág. 53.

²⁰ Un análisis crítico en profundidad de este posicionamiento en Peralta, J. M.: *Motivos reprochables...*, pág. 54

²¹ *Ibidem*.

una peligrosidad que se presume sobre la base del contenido de la intención. Pero este fenómeno de otorgar un mayor protagonismo legislativo al Derecho penal de la peligrosidad no es nuevo: guste o no, sea aceptable o rechazable, tuvo su impactante aparición en la reforma de 2010 con la introducción de la medida de libertad vigilada para determinados sujetos imputables. Recordemos que por aquel entonces se determinó que la medida se vinculara a determinados delitos, aunque presumiendo la posible peligrosidad de quien los cometiera. Recordemos también que la reforma de 2015 ha extendido el campo de actuación de la medida, ampliando los supuestos de imposición facultativa, entre otros, a los delitos contra la vida. Como sabemos, nuestro actual gobierno²² quiere potenciar el papel de la libertad vigilada en delincuentes peligrosos (los asesinos, a raíz del caso de la muerte de Laura Luelmo). En definitiva, con esta referencia a la libertad vigilada he querido demostrar que, independientemente de que compartamos o no esta política legislativa, no se puede obviar que la lucha contra el delincuente peligroso se va expandiendo, pues ahora el legislador califica de asesino al sujeto que mata por sus intenciones. Desde estas consideraciones, quedaría explicada su presencia a la vez que se justifican los reparos a esta nueva modalidad del asesinato.

2. Precisiones terminológicas de la expresión “para facilitar la comisión de otro delito”

En relación con la expresión “para facilitar la comisión de otro delito”, debemos pronunciarnos sobre el significado de sus términos y el alcance de la misma. Esta es una cuestión ya resuelta doctrinalmente²³, pero hay que posicionarse, aunque sea brevemente.

La primera cuestión es definir el vocablo “facilitar”. De acuerdo con su primera acepción en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, facilitar es “hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin”. Por tanto, la facilitación se referirá a toda contribución que sirva para favorecer la realización del otro delito, sin necesidad de que se entienda como favorecimiento necesario (o vital al estilo de la cooperación necesaria o de la relación medio-fin que se exige en el concurso medial²⁴ –art. 77 del CP–). De la misma manera, y acudiendo a la

²² <https://www.20minutos.es/noticia/3520239/0/gobierno-asesinos-laura-luelmo-libertad-vigilada-salir-prision/> [25/07/2019]

²³ Vid. Pantaleón Díaz, M y Sobejano Nieto, D.: “El asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra...”, págs. 6 y ss.

²⁴ Goyena Huerta, J.: “Artículo 139”, en Gómez Tomillo, M. (Dir.): *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo II Los delitos contra las personas*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2015, págs. 54 y 55. Para este autor no se puede hacer una total equiparación entre la circunstancia 4.^a del artículo 139.1 y el concurso medial del artículo 77 CP porque en el primer caso únicamente se exige que el asesinato “facilite la comisión” de otro delito, mientras que en el segundo caso se requiere que un delito sea “medio necesario” para cometer el otro delito, debiendo entenderse esta necesidad (medio-fin) en un sentido objetivo, es decir, desconectada del plan o designios particulares del autor.

definición del término “facilitar”, es indiferente que el sujeto que mata lo haga para facilitar la comisión de un delito del que él sea también autor o que provoque la muerte para facilitar la comisión de un delito cuyo autor sea una tercera persona²⁵. Ello lo avala la propia redacción del precepto, pues cuando el legislador ha querido ceñir la circunstancia a una concreta modalidad así lo ha hecho (véase la circunstancia 2.ª del artículo 140.1 CP).

La segunda cuestión está referida al delito cuya comisión se quiere facilitar. Nada dice el legislador respecto de las características del delito. Por tanto, este podrá tener la consideración de grave, menos grave o leve²⁶. Ello es comprensible si tenemos en cuenta que nos encontramos ante un elemento final: el legislador ha convertido un homicidio en asesinato apoyándose en un especial elemento subjetivo. La comisión del acto posterior será objeto de valoración de acuerdo a la descripción del tipo delictivo concretamente realizado y entra en concurso de delitos con el asesinato. También cabe plantearse si el legislador exige una concreta fase de realización del delito facilitado o no. Dado que la circunstancia 4.ª del número 1 del artículo 139 se construye sobre la finalidad del autor, entiendo que no se precisa alcanzar una fase de realización determinada. Ni siquiera se precisa que la ejecución del delito facilitado se haya iniciado²⁷, pues lo que convierte la muerte en asesinato es la intención del sujeto. Precisamente si el delito facilitado se ha iniciado, nos planteamos la relación que debe mediar entre el asesinato y el posterior delito. Creo que debe existir una relación instrumental, una clara conexión que justifique el hecho de que la presencia de esta circunstancia convierta un homicidio en un asesinato. Sin perjuicio de que en el apartado de problemas concursales se analice esta cuestión, adelanto aquí que la relación final no significa que tenga que establecerse necesariamente un concurso ideal-medial entre ambos delitos de tal manera que si no se aprecia esta clase de concurso desaparezca la posibilidad de aplicarse el art. 139.1.4.ª, sino que debe existir una necesidad (ya sea abstracta o concreta). En el asesinato únicamente se requiere que la muerte se lleve a cabo para facilitar la comisión de otro delito (incluyendo tanto una conexión necesaria objetivamente entre los dos delitos, como una conexión subjetiva entre los mismos)

Por otra parte, aunque se exige una conexión final entre la muerte y el delito facilitado, no se exige una conexión temporal entre la producción de la muerte y el delito que se facilita, pudiéndose matar con la finalidad de facilitar sin que se

²⁵ En el mismo sentido, Pantaleón Díaz, M y Sobejano Nieto, D.: “El asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra...”, págs. 6 y ss.

²⁶ En el mismo sentido, Juanatey Dorado, C.: “Asesinato”, en Boix Regig, J. (Dir.): *Derecho Penal. Parte Especial, Vol. 1 “La protección penal de los intereses jurídicos personales”*, 2.ª edición, ed. Iustel, Madrid, 2016, pág. 56.

²⁷ En el mismo sentido Cuenca García, M.ª J.: “Problemas interpretativos...”, pág. 142, y Alonso de Escamilla, A.: “Delitos contra la vida humana independiente: Homicidio, asesinato y suicidio”, en Lamarca Pérez, C. (Coord.) *Delitos. La Parte Especial del Derecho Penal*, 3.ª edición, ed. Dykinson, Madrid, 2018, pág. 18.

requiera la inminente comisión del delito facilitado. Quizás no haya sido esta la intención del legislador a la hora de llevar a cabo la tipificación, pero ateniéndonos a la redacción, nada impide esta interpretación.

También es de interés, en relación con la fase de ejecución del delito que se desea facilitar, plantearse la posibilidad de que quepa aplicar el delito de asesinato en aquellos casos en los que el sujeto mata dentro de un marco de “preparación” del delito que desea finalmente cometer. Desde mi punto de vista, es posible aplicar el artículo 139.1.4.^a, pues estaría dentro del concepto de “facilitación” del otro delito. En definitiva, cabe aplicar esta circunstancia siempre que se mate antes de la consumación del delito que se quiere facilitar.

La penúltima cuestión gira en torno a si objetivamente la muerte debe favorecer la comisión del otro delito o basta con que el sujeto lo crea así. Como ha puesto de manifiesto la doctrina²⁸, con esta circunstancia se castiga el hecho de dotar al homicidio de un carácter instrumental, en el sentido de que, si matar a una persona es un hecho grave, matarla con el propósito de obtener una ventaja delictiva es aún más grave. Desde mi punto de vista, al integrarse esta circunstancia como elemento subjetivo del tipo, va a desplegar un efecto consistente en que su peso específico radique en la intención (*para facilitar la comisión de otro delito*), independientemente de que con posterioridad se compruebe que la muerte no facilitaba la comisión del otro delito, porque es un requisito subjetivo (distinto al dolo) que el tipo exige para su realización. Bastaría, entonces, con su presencia en el ánimo del autor, sin necesidad de que posteriormente se compruebe que la muerte no facilitaba la comisión del otro delito.

Una vez aclarado lo anterior, es necesario analizar el concepto de “delito” facilitado al que alude el legislador. Sin duda quedan fuera de esta modalidad delictiva los casos de muerte para facilitar la comisión de un hecho ilícito, pero no delictivo (ilícito civil o administrativo, por ejemplo). El legislador alude expresamente a “delito”, por lo que extender el asesinato a supuestos en los que se facilitan simples infracciones es ampliarlo más allá de la ratio de esta modalidad, de la descripción realizada por el legislador y del papel que cumple el asesinato respecto del homicidio. Porque con esta modalidad del asesinato no se pretende castigar más severamente una instrumentalización de la persona, sino instrumentalizar al ser humano para cometer un hecho especialmente grave –delito– que la sociedad considera que debe ser perseguido penalmente (en cuanto constituye una conducta lesiva de un bien jurídico esencial).

Quedando reducida esta modalidad a facilitar la comisión de “hechos delictivos”, la cuestión ahora es si por hecho delictivo vamos a entender un hecho típico, antijurídico, culpable y punible o bastaría con la conducta típica y antijurídica. Nuevamente, el constituir un elemento subjetivo condiciona la interpretación: basta

²⁸ Goyena Huerta, J.: “Artículo 139”, pág. 54.

con que el hecho, abstractamente considerado, sea constitutivo de delito; no es necesario que en el caso concreto se den todos sus elementos.

En otro orden de cosas, dado que estamos ante una de las modalidades del denominado homicidio *criminis causae*²⁹ y, por tanto, debe establecerse una relación de conexidad entre los dos delitos (asesinato y delito que se quiere facilitar), este último ha de ser siempre doloso. Sin embargo, por la redacción de la circunstancia, no se exige que la muerte haya sido preordenada al delito que se pretende facilitar, es decir, planeada antes de cometer el delito “principal” o facilitado. En todo caso, la estructura típica del delito exige una muerte claramente instrumental (“*para facilitar*”), lo cual supone varias cosas: que el único medio para llegar al delito pretendido debe ser la muerte (cualquier otro medio diferente para facilitar debe quedar fuera del tipo), y que la muerte se lleve a cabo con la intención de facilitar la comisión de otro delito (una muerte sin dicha finalidad que conllevara la facilitación –por ejemplo casual– quedaría fuera del tipo).

Finalmente, a diferencia del artículo 140. 1.2.^a del CP, en donde el legislador expresamente exige que el autor de la muerte sea al mismo tiempo autor del delito contra la libertad sexual, en el asesinato tipo básico vía circunstancia 4.^a no figura tal requisito.

IV. DOLO Y ELEMENTO SUBJETIVO

La introducción de la circunstancia 4.^a fue una sorpresa porque se construye una nueva modalidad de asesinato sobre un elemento subjetivo. Lo que llamó la atención fue una estructura típica diferente que, si bien tiene, sobre todo, una importancia teórica, exige que nos detengamos brevemente en ella, junto con otras más genéricas del tipo subjetivo que además tienen una importancia práctica.

En relación con la primera cuestión (estructura típica), la introducción de la circunstancia 4.^a en el artículo 139.1 supone que el tipo objetivo del homicidio y del asesinato sean coincidentes. La diferencia se encuentra en el tipo subjetivo: al dolo de matar característico del homicidio se le añade un elemento subjetivo que consti-

²⁹ Términos empleados por Peralta, J. M.: *Motivos reprochables. Una investigación...*, pág. 33. También se hace eco de esta modalidad la STS 102/2018, de 1 de marzo, en donde se declara que el asesinato de la circunstancia 4.^a del art. 139 es una modalidad de “homicidio *criminis causae*”. En este caso, el Tribunal Supremo ofrece su interpretación de la circunstancia 4.^a del número 1 del artículo 139. Los hechos probados son los siguientes: el acusado concierta una cita con una prostituta para mantener relaciones sexuales en casa de esta. Durante la relación sexual practicaron la llamada hipoxifilia o asfixia erótica, consistente en cortar la respiración mientras practican el coito, utilizando una correa de perro de cuero con una cadena de eslabones metálicos que tenía la mujer colocada en el cuello, y, aprovechando el acusado que se encontraba colocado detrás de la víctima, lo que impedía a la mujer cualquier posibilidad de defensa, procedió a estrangularla con la correa de perro, produciéndole la muerte por asfixia mecánica. Seguidamente, y tras registrar la vivienda, se apoderó del dinero allí existente, cuya cuantía se desconoce. El acusado tenía diversas deudas con varias personas que le estaban reclamando el importe de las mismas. El sujeto fue condenado por un delito de asesinato cualificado por la concurrencia de las circunstancias 1.^a y 4.^a del artículo 139 en concurso medial con un delito de robo con violencia de los arts. 242.1 y 2.

tuye la singularidad de esta modalidad del asesinato. La introducción de este elemento nos lleva ante un tipo incongruente por exceso de tipo subjetivo y ante un delito de intención que, para un sector doctrinal, en los supuestos en los que el autor mata para facilitar la comisión de otro delito que desea realizar, nos coloca próximos a la modalidad de delito mutilado en dos actos: un primer acto consistente en matar y un segundo acto (no perteneciente al tipo objetivo del asesinato) consistente en realizar el delito que se pretende facilitar; mientras que, si se mata para facilitarle a una tercera persona la comisión de un delito, nos encontraríamos ante un delito de resultado cortado³⁰.

Sin embargo, no creo que estemos ante un auténtico delito mutilado de dos actos: aunque el elemento subjetivo final está vinculado a la realización de otro hecho (cuya peculiaridad consiste en constituir otro delito), la finalidad perseguida es ajena al bien jurídico (vida)³¹. En otras palabras, el tipo objetivo (matar a otra persona) viene a delimitarse a través del elemento subjetivo, dejando fuera otras formas de lesionar la vida. Considerado así, no coincidiría exactamente con los delitos mutilados de dos actos³², pues en estos últimos el segundo acto debe estar vinculado con el ataque al bien jurídico, aunque el tipo objetivo no lo exija. Por las mismas razones (estructura típica del asesinato), tampoco es, en puridad, un delito de resultado cortado³³.

La segunda cuestión planteada es si la presencia de un elemento subjetivo tiene alguna incidencia en el dolo. Hasta la reforma de 2015, un sector doctrinal mayoritario³⁴ negaba (y sigue negando) el dolo eventual, frente a una posición jurisprudencial consolidada³⁵ que lo admitía. La reforma del 2015 introduce dos modalidades cuya peculiaridad estriba en conformarse sobre la presencia de un especial

³⁰ Vizuela Fernández, J.: “Novedades del Proyecto de Reforma del Código Penal del 2013 en algunos delitos contra bienes jurídicos fundamentales”, *Diario La Ley* n.º 8311, 15 de mayo de 2014, pág. 20.

³¹ En el mismo sentido, Alonso Álamo, M.: “La reforma del homicidio doloso...”, pág. 1, nota 38.

³² Para un sector de la doctrina, por el contrario, el segundo supuesto de asesinato recogido en la circunstancia 4.ª sí es delito mutilado de dos actos y de resultado cortado. Peralta, J. M.: *Motivos...*, págs. 301 y 302; Cadena Serrano, F.A.: “Delitos de homicidio y asesinato en la reforma operada en el Código Penal por Ley Orgánica 1/2015”, en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia_CADENA_SERRANO.pdf?idFile=1e3aa192-5aad-41bc-b734-a79ece5d1740. [20/12/2018]

³³ En el mismo sentido, Alonso Álamo, M.: “La reforma del homicidio doloso...”, pág. 41, nota 38; Álvarez García, J. / Ventura Püschel, A.: “Delitos contra la vida humana...”, pág. 326.

³⁴ Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte especial*, 21.ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 51; Morales Prats, F.: “Libro II. Título I (Artículo 139)”, en Quintero Olivares, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal*, T. I, 7.ª edición, ed. Aranzadi, Pamplona, 2016, pág. 983; Alonso de Escamilla, A.: “Delitos contra la vida humana independiente...”, pág. 20.

³⁵ STS 119/2004, de 2 de febrero; STS 819/2007, de 4 de octubre; STS 1403/2011, de 28 de diciembre y STS 100/2012, de 18 de diciembre. El Alto Tribunal también ha resuelto a favor de la compatibilidad entre la alevosía y el dolo eventual. Significativas son las sentencias STS 415/2004, de 25 de marzo; STS 466/2007, de 24 de mayo; STS 618/2012, de 4 de julio, y, recientemente, la STS 128/2018, de 20 de marzo; en todas ellas se afirma que “no hay ninguna incompatibilidad ni conceptual ni ontológica en que el agente trate de asegurar la ejecución evitando la reacción de la víctima (aseguramiento de la ejecución) y que al mismo tiempo continúe con la acción que puede tener como resultado de alta probabilidad la muerte de la víctima, la que acepta en la medida que no renuncia a los actos efectuados”.

elemento subjetivo que, respecto de la primera modalidad, exige una conexión ideológica entre la muerte y la consecución de un hecho delictivo posterior que se quiere facilitar. A nivel jurisprudencial, no ha habido aún ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión (sí en relación a la segunda modalidad de la circunstancia 4.^a, como veremos *infra*), aunque con relación a otras figuras delictivas de similar estructura subjetiva no se ha apreciado inconveniente³⁶.

Desde mi punto de vista, no debería admitirse el dolo eventual en la producción de la muerte junto con el elemento intencional. El elemento subjetivo exige que el sujeto activo subordine o adecúe su comportamiento a la meta propuesta y toda su actuación esté interesada en alcanzarla. Desde esta concepción no parecen compatibles ambos elementos. Por otra parte, creo que esta interpretación la demanda la redacción de la circunstancia 4.^a (“para facilitar la comisión de otro delito”), pues parece exigir dolo directo de matar: si la intención debe entenderse como voluntad del sujeto dirigida a una meta (comisión de otro delito), excluiría el dolo eventual.

V. PROBLEMAS CONCURSALES

Los interrogantes que plantea la primera de las modalidades de la circunstancia 4.^a del asesinato afectan también a cuestiones concursales. Concretamente en este apartado voy a tratar tres: la posible infracción del principio *non bis in idem* en determinados supuestos, la relación concursal entre el asesinato y el delito facilitado, y, finalmente, la compatibilidad entre la alevosía y matar para facilitar otro delito.

Respecto de la posible concurrencia de normas, se plantea la cuestión de si es posible que la muerte de la persona para facilitar la comisión de otro delito sea tenida en cuenta para conformar el asesinato por la vía de la circunstancia 4.^a del artículo 139.1, y, al mismo tiempo, se tome para configurar el delito facilitado; es decir, si estaríamos ante una concurrencia de normas. Pensemos en el caso en el que la muerte se lleva a cabo para facilitar un delito de apoderamiento y que aquella constituye parte de la dinámica comisiva del apoderamiento (por ejemplo, robo con violencia). En este caso, castigar por asesinato y robo con violencia puede implicar una clara vulneración del principio *non bis in idem*. En la doctrina, mayoritariamente no hay duda al respecto: debe castigarse por homicidio y robo con violencia, pues la muerte no puede ser valorada dos veces³⁷.

Precisamente, nuestros tribunales han tenido posibilidad de pronunciarse a este respecto: el Tribunal Supremo, en su STS 102/2018, de 1 de marzo, casaba en parte

³⁶ En relación a delitos de descubrimiento y revelación de secretos, SAP de Málaga 14/2018, de 19 de febrero y SAP de A Coruña 17/201, de 31 de marzo.

³⁷ Álvarez García, J. / Ventura Püschel, A.: “Delitos contra la vida humana independiente...”, pág. 327. De la misma opinión, Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte Especial* (2017), pág. 49; Pantaleón Díaz, M. y Sobejano Nieto, D.: “El asesinato para facilitar...”, pág. 213.

una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 29 de junio de 2017 en la que se revisaba un caso fallado por la Audiencia Provincial de Málaga (11 de marzo de 2017) como asesinato con alevosía y para facilitar la comisión de otro delito (art. 139.1.^a y 4.^a), robo con violencia y un delito de incendio. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía casó parcialmente la sentencia y, manteniendo las calificaciones de asesinato (art. 139.1.1.^a y 4.^a) e incendio, califica los hechos como hurto del art. 234.2. El caso llega hasta el Tribunal Supremo, planteándose, entre otras cuestiones, si la muerte de la víctima podía valorarse en la calificación de asesinato por vía de la circunstancia 4.^a del art. 139.1 y como “violencia física”, configurando el delito de robo. Según los hechos probados, el acusado asfixia a la víctima; seguidamente, tras registrar la vivienda, se apoderó del dinero que allí se encontraba y, con la finalidad de borrar sus posibles huellas, originó un incendio en la vivienda. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía entendió que no puede agravarse la pena por la vía de la circunstancia 4.^a del art. 139.1 (facilitar la comisión de otro delito) y, a continuación, aumentarla por la sustracción de bienes por el hecho de haberse obtenido mediante violencia (robo con violencia). En consecuencia, para el tribunal parecía que lo razonable, al no existir fuerza en las cosas, sería calificar la sustracción de dinero como un delito de hurto. El Tribunal Supremo rechaza esta interpretación sobre la base de entender que *“no se castiga dos veces una misma conducta, se castigan dos conductas distintas en las que aparece un elemento común que agrava cada una de ellas, una circunstancia compartida por cada una de las infracciones”*³⁸. Además, añade el tribunal que, atendiendo a la razón de ser de la agravación cuarta del artículo 139.1, o lo que es igual, atendiendo

³⁸ Fundamento Jurídico séptimo:

“Si asumiésemos la premisa con la que arranca el razonamiento del Tribunal Superior de Justicia (la comisión de un delito no solo se haría merecedora del castigo que le corresponde, sino que además serviría para agravar, y agravar de forma muy relevante, otro), al castigar por el delito de hurto, como hace, junto a la sanción por el delito de asesinato agravado, traiciona su propio punto de partida: la comisión de un hurto lleva a agravar el asesinato aumentando la penalidad al menos en cinco años; y, además, la sustracción se sanciona por separado.

Eso sucederá inevitablemente en todos los casos en que apliquemos el art. 139.1.4.^a (salvo que no lleguen a producirse actos comisivos del delito fin) o también cuando opere el art. 140.1.2.^a CP (RCL 1995, 3170), de arquitectura semejante: asesinato de quien previamente ha sido víctima de un delito contra la libertad sexual. Este segundo supuesto proporciona un buen ejemplo a efectos discursivos: si proyectamos la tesis de la sentencia de apelación a ese caso habría que calificar como ¡abuso sexual! la violación empleando violencia de una mujer seguida de su asesinato, rompiendo así las costuras de la misma descripción legal de los abusos sexuales (*sin violencia o intimidación* dice la definición legal -art. 181 CP (RCL 1995, 3170)).

Si hay un problema de *non bis in idem* no radica en la doble operatividad de la violencia como cree la Sala de apelación. Ni encuentra su remedio en limitar su alcance jurídico a una de las infracciones. No es esa técnica correcta por muchas razones. Castigar como agresión sexual, robo y homicidio a quien agrede a la víctima con el doble objetivo de imponerle el acceso carnal, y arrebatarle lo que pudiera llevar de valor y finalmente acaba con su vida es lo correcto, aunque utilice una única violencia a la que vendrán anudados tres resultados delictivos diferentes: agresión sexual, robo, homicidio. No se puede decir que engazar esas tres calificaciones (cosa diferente será determinar la relación concursal) suponga vulnerar el *bis in idem* basándonos en que la violencia desplegada nos está sirviendo para integrar las tres tipicidades. Es así, pero son tres delitos distintos realmente cometidos y en todos ha existido violencia: se castiga el ataque a la libertad sexual utilizando violencia; el ataque al patrimonio utilizando violencia; y el ataque a la vida”.

a su fundamento, se puede comprender mejor por qué no se produce una infracción al principio *non bis in idem* en este o en otros casos de construcción similar. Y es que, según el Tribunal Supremo, esta circunstancia del asesinato se basa en la banalización de la vida y del ser humano, convirtiéndolo en mero instrumento del que puede prescindirse para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra el delito ya cometido. De este modo, para el Tribunal Supremo la razón de ser de esta agravación no sería “*la comisión de otro delito, sino la consideración del móvil que lleva a acabar con la vida de otra persona*” (Fundamento Jurídico Séptimo).

En definitiva, no habría problema de *bis in idem*, según el Tribunal Supremo, porque son dos hechos distintos³⁹. Para respaldar su posición en relación a la posibilidad de castigar conjuntamente por la vía de asesinato y el delito facilitado, el Tribunal Supremo utiliza dos argumentos: uno, de carácter técnico, y otro que acude al fundamento de la circunstancia 4.^a. Por el primero de ellos, de acuerdo con la descripción delictiva, el asesinato no absorbe al delito facilitado, pues cuando, además de la muerte, se produce el delito facilitado, para abarcar todo el desvalor de la conducta es necesario proceder a la doble punición. Por el segundo, la razón de ser de la circunstancia 4.^a no es la comisión de otro delito, sino el móvil del sujeto. Según expresa el Alto Tribunal en su fundamento jurídico séptimo, “*ese móvil determina al legislador a establecer un reproche superior, independiente de la sanción que pueda merecer ese otro delito que podría ser grave, menos grave, o leve. Siempre se penará aparte del asesinato. Quien priva dolosamente de la vida a otro simplemente porque es obstáculo para la consecución de un objetivo delictivo distinto y casi siempre menor realiza una conducta más reprobable*”. Hasta aquí este razonamiento me parece impecable (aun cuando no coincida en el fundamento de la circunstancia). El problema en el caso enjuiciado es que nos encontramos ante un delito complejo en donde el dilema ha sido que la violencia predatoria consistió en matar a la víctima precisamente con las intenciones depredadora y facilitadora. Y aquí aparece la argumentación que, entiendo, no es compartible: para el Tribunal Supremo la doble operatividad de la violencia no vulnera el principio *non bis in idem* pues no estaríamos ante un mismo hecho valorado dos veces, sino ante dos hechos con un elemento común. No comparto esta posición. Si en el delito de robo con violencia, esta ha de ser de naturaleza instrumental, pues debe ser el medio para la consecución de la intención del sujeto (el ánimo de lucro), y si tal como se configura el asesinato, la muerte ha de ser el instrumento para la consecución de la intención (facilitar la comisión de otro delito), al castigar por asesinato y robo con violencia estaríamos valorando dos veces un mismo hecho (la muerte instrumental)

³⁹ Comparte la posición del Tribunal Supremo, añadiendo a la argumentación que también son dos bienes jurídicos diferentes los que se encuentran en el radio de actuación, Muñoz Cuesta, J.: “Asesinato: muerte causada para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 5, 2018, pág. 10.

con el único argumento de que en la causación de la muerte ha concurrido más de un móvil. Desde este planteamiento, la argumentación del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía fue la más acertada. Desde mi punto de vista, la calificación correcta hubiera sido homicidio y robo con violencia, pues esta siempre ha de ejercerse para facilitar o asegurar el apoderamiento, exigencia típica del delito complejo, por lo que en puridad no se facilita un delito distinto ("otro delito"), sino que se favorece el propio delito⁴⁰. Este problema se dará entre esta modalidad del asesinato y un delito complejo, no en cambio respecto de las restantes circunstancias del asesinato.

Mención aparte exige la relación del asesinato vía circunstancia 4.^a con los delitos sexuales en los que medie violencia: primero, porque no se plantearía el uso doble de la violencia en casos de muerte para yacer con el cadáver, al no existir el delito sexual; segundo, porque tampoco cabría dicho uso en casos de muerte para encubrir el delito sexual, pues en este caso habría una violencia primera y diferenciada que compondría el delito de agresión sexual: y, tercero, en los supuestos donde se pudiera admitir una violencia ejercida con ánimo de mantener un contacto sexual y con dolo eventual respecto del resultado de muerte (según lo establecido supra), hay que destacar que la circunstancia 4.^a exige dolo directo de matar. Pero, además, para aquel sector doctrinal que admita el dolo eventual en el asesinato, no procedería la calificación de asesinato, por ser el delito de agresión sexual un delito complejo.

Otra cuestión suscitada en dicha sentencia fue la relación concursal que se establece entre el delito de asesinato y el facilitado. En relación a este punto, en el Fundamento Jurídico Octavo se expone:

«La expresión "facilitar la comisión de otro delito" es más amplia que la empleada en el concurso medial del art. 77 ("medio necesario"). Parece incluir supuestos en que el asesinato se comete para preparar o asegurar la comisión de otro delito, aunque no sea estrictamente necesario o ineludible. De ese modo parece abrir la puerta a la posible existencia, junto al concurso medial como supuesto más frecuente, de un concurso real cuando la muerte no sea necesaria para facilitar el segundo delito.

Quien mata para robar incurre en el delito de asesinato del art. 139. 1.4.^a. De no probarse la finalidad de robo nos hallaríamos ante un homicidio. Si, además, llega a cometer o desplegar otros actos de ejecución del robo, el asesinato irá en concurso medial con el robo -consumado o en tentativa-. Si, al margen del asesinato, no se despliegan otros actos de ejecución del robo, tan solo se castigará por asesinato, aunque sin olvidar que el hecho de dar muerte para robar al atacado ya es un acto de ejecución del robo. Pero cabe imaginar algún caso en que el robo ulterior esté desligado de la agresión.

[...] No todos los casos del art. 139.1.4.^a serán concurso medial, como

⁴⁰ En el mismo sentido, Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal...*, pág. 49.

hemos visto. Pero sí aquellos en que pueda establecerse una relación de medio a fin y de necesidad entre el delito contra la vida y el delito que se perseguía a través del él, en este caso los actos depredatorios.»

Con este pronunciamiento, el Tribunal Supremo ofrece una interpretación amplia respecto a la relación con el delito facilitado. Aparentemente, en una primera lectura del artículo, la expresión “para facilitar la comisión de otro delito o para encubrirlo” es clara: hay una relación final entre la muerte y el delito fin o, en su caso, el delito ya cometido que se quiere encubrir. Pero el Tribunal Supremo entiende que el legislador no solo recogería aquí supuestos en los que la muerte es un medio necesario para la comisión del otro delito (y, por tanto, existiendo una relación medio a fin entre ambos delitos, lo que daría lugar a un concurso ideal-medial entre ellos), sino también acogiendo otras relaciones, lo que abriría la vía a otras posibles relaciones concursales (concurso real). Esta consideración viene justificada por su interpretación del concurso medial de delitos. Para nuestra jurisprudencia concurriría dicha modalidad concursal cuando *“un delito es medio necesario para la comisión de otro, descartándolo cuando la concurrencia es mera contingencia dependiente de la voluntad del autor. «El art. 77 se refiere a medios necesarios, es decir, ineludibles por parte del autor» STS 1670/2002, de 18 de diciembre (RJ 2003; 2226). Este criterio admite excepciones, así en la STS 1632/2002, de 9 de octubre (RJ 2002,9161), con cita de otras de la Sala, afirma que «la determinación de cuándo un delito es medio necesario para cometer otro, no debe ser valorada en abstracto, sino en un sentido concreto y en relación específica con el fin último perseguido por el autor o autores de los diferentes hechos delictivos»*”.⁴¹ No obstante y como más adelante se afirma en la citada sentencia (STS 590/2004, de 6 de mayo de 2004) *“[...] la voluntad del autor no es suficiente para la configuración de este concurso ideal impropio, pues el Código exige que la relación concursal medial se producirá cuando la relación sea necesaria, lo que deja fuera del concurso aquellos supuestos sujetos a la mera voluntad, a la mera conveniencia o la mayor facilidad para la comisión del delito, siendo preciso que la conexión instrumental sea de carácter objetivo, superador del criterio subjetivo, que entre en el ámbito de lo imprescindible en la forma en que realmente ocurrieron los hechos delictivos concurrentes...”*.

Por tanto y tal como acabamos de ver, para nuestro Tribunal Supremo no toda muerte para facilitar la comisión de otro delito acompañará en concurso medial a este, sino solo aquellas que según el Alto Tribunal resulten imprescindibles en la forma en que ocurrieron los hechos. De este modo, esta conexión de necesidad explica la diferencia penológica con el concurso real. Ahora bien, la circunstancia cuarta del artículo 139.1 no recoge expresamente estos matices, y, como en este sentido acertadamente interpreta nuestro Tribunal Supremo, no está castigando lo

⁴¹ STS 590/2004, de 6 de mayo de 2004.

que, en caso de consumarse, daría lugar a un concurso medial entre el asesinato y el delito en cuestión, sino la finalidad perseguida por el autor (que es que la muerte le permita, le favorezca la realización de otro delito –no siendo exigible que la muerte aparezca objetivamente como necesaria para la comisión del delito fin–)⁴².

Por otra parte, esta interpretación es acorde con la razón de ser de esta circunstancia, que no es otra que castigar una concreta finalidad del autor, una intención. Sin embargo, para el Tribunal Supremo esta intencionalidad es la que lleva a entender que debe ser más reprochable la conducta de quien instrumentaliza a la víctima para conseguir el objetivo perseguido⁴³, conclusión a la que llega también en su STS 102/2018, de 1 de marzo, Fundamento Jurídico Séptimo (“*Ese móvil determina al legislador a establecer un reproche superior*”). Con ello, se ha decantado sobre el fundamento de esta circunstancia, que no entro a analizar ya que ha sido objeto de un apartado independiente.

Queda por analizar la última de las cuestiones: la compatibilidad entre la alevosía y matar para facilitar la comisión de otro delito. Sobre esta cuestión se ha pronunciado Muñoz Conde⁴⁴, quien considera que, de admitirse la compatibilidad entre ambas circunstancias, se tendría que aplicar el tipo cualificado del art. 139.2, lo que sería dudosamente conciliable con el principio *non bis in idem*. Comparto esta opinión: el núcleo de la circunstancia 4.^a está muy relacionado con la esencia de la circunstancia de alevosía, pues la finalidad perseguida al matar exige el uso de determinados medios, modos o formas, los cuales, generalmente, serán alevosos.

Entrando un poco más detenidamente en esta cuestión, la relación entre ambas circunstancias es compleja, dadas algunas similitudes entre ellas. Desde el punto de vista subjetivo, la alevosía requiere que el sujeto tienda al aseguramiento de la ejecución, es decir, que, con la intención de asegurar la realización y la indefensión de la víctima, emplee determinados medios, modos o formas en la ejecución de la muerte⁴⁵. En el caso de la circunstancia 4.^a, se requiere que, con la intención de

⁴² Nuestro Tribunal Supremo considera: “La dificultad para determinar la existencia, o no, del concurso medial, estriba en dar un concreto contenido a la expresión de «medio necesario» que exige el presupuesto del concurso. En principio esa relación hay que examinarla desde el caso concreto exigiendo que la necesidad exista objetivamente, sin que baste con que el sujeto crea que se da esa necesidad. Ahora bien tampoco cabe exigir una necesidad absoluta, pues esa exigencia chocaría con el concurso de leyes en la medida que esa exigencia supondría la concurrencia de dos leyes en aplicación simultánea.

Parece que un criterio seguro para la determinación de la «necesidad» es el de comprobar si en el caso concreto se produce una conexión típica entre los delitos concurrentes. Así, cuando en la comisión de un delito fin (por ejemplo, la estafa) el engaño típico se materializa a través de otro delito (por ejemplo, falsedades, uso de nombre supuesto, etc.), teniendo en cuenta las exigencias de conexión lógica, temporal y espacial, esa acción ha de ser tenida por necesaria para la consideración de delito instrumental”. STS 590/2004, de 6 de mayo de 2004.

⁴³ Vid. Peralta, citando a la doctrina alemana que es partidaria de esta interpretación, en virtud de la cual lo que se consideraría especialmente reprochable es “la relación medio a fin a la que es sometida la víctima, esto es, la ausencia de toda consideración de los intereses y derechos de otros al momento de procurar ciertas satisfacciones”. Peralta, J. M.: *Motivos reprochables...*, pág. 37.

⁴⁴ Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal...* (2017), pág. 49.

⁴⁵ Arias Eibe, M.J.: “La circunstancia agravante de alevosía: estudio legal, dogmático penal y jurisprudencial”.

facilitar la comisión de otro delito, se dé muerte a la víctima. En ambas agravaciones, la intención puede estar presente desde el principio o aparecer en cualquier momento de la ejecución antes de la consumación (respecto de la circunstancia 4.^a, en relación con el delito que se quiere facilitar). Además, la esencia o razón de ser de las dos circunstancias es la misma: toda la actuación se dirige hacia una ejecución hábil, óptima del delito⁴⁶. De este modo, el que, para la realización de un delito, mata, y para matar busca un medio que facilite y asegure el hecho, buscará uno que a la vez facilite la ejecución del delito fin; y ello porque la meta final del sujeto será la realización de este último. Así, por ejemplo, el que mata a la pareja de la víctima a la que se pretende violar, y lo hace con alevosía, busca un medio, modo o forma que también logre facilitar la violación: no disparará, digamos, a varios metros de distancia, porque ello no facilitará la posterior violación, que es lo que se pretende. Por eso, en casos en los que concorra esta situación (el medio, modo o forma facilita la muerte y la realización del otro delito), no deberían apreciarse conjuntamente ambas circunstancias del asesinato, sino solo una, la alevosía. En realidad, pueden darse diversas situaciones respecto de la presencia de ambas circunstancias: el sujeto podrá ejecutar la muerte con alevosía, pero sin intención de facilitar la comisión de un delito; podrá matarse sin alevosía para facilitar la comisión de otro delito; y, finalmente, podrán concurrir conjuntamente ambas circunstancias. En este último caso, puede ocurrir, como decía anteriormente, que el medio, modo o forma empleados para matar facilite a la vez la comisión del otro delito (la sorpresa en un robo en casa habitada), o que el medio alevoso no facilite la comisión del otro delito (matar alevosamente al jefe de una red de narcotráfico para introducir su propia droga); aquí podrán concurrir conjuntamente ambas circunstancias, pues el medio no eleva las probabilidades de éxito en el delito de tráfico.

Creo que el marco punitivo tan elevado que presenta el delito de asesinato exige una interpretación muy restrictiva de la circunstancia 4.^a y su concurrencia junto con la alevosía, pues, en caso contrario, y dada la proximidad entre ambas, el salto al asesinato cualificado resultaría desproporcionado.

VI. MATAR PARA EVITAR QUE SE DESCUBRA (EL DELITO PREVIAMENTE COMETIDO)

Como ya hemos puesto de manifiesto a lo largo de estas páginas, la introducción de la circunstancia 4.^a ha resultado especialmente perturbadora: si hasta ahora el

dencial”, RECPC 07-03 (2005), <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-03.pdf>, pág. 6 [25/07/2019].

⁴⁶ Por ejemplo y en relación a la circunstancia de la alevosía, Del Rosal Blasco ya ponía de manifiesto en su día que esta consiste en lesionar más certeramente el bien jurídico protegido. Del Rosal Blasco, B.: “Política criminal de los delitos contra la vida humana independiente en el Proyecto de Código Penal de 1992”, *Anales de la Facultad de Derecho*, 07-09, 1992, pág. 140, nota 25. También en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/55143/1/Anales_Fac_Derecho_07_09.pdf. [25/07/2019].

asesinato venía caracterizado por la presencia de singulares circunstancias que evidenciaban unos modos de comisión que justificaban el salto cualitativo de homicidio a asesinato, no puede predicarse lo mismo de esta nueva circunstancia, pues será la concreta finalidad del sujeto la que justifique la conversión. Pero si ello con dificultades podría entenderse en el primero de los supuestos (matar para facilitar la comisión de otro delito), no está tan claro respecto del segundo (matar para evitar que se descubra): a fin de cuentas, es comprensible pretender escapar a la acción de la justicia⁴⁷. Es cierto que si el autoencubrimiento implica la comisión de un ulterior delito, este debe sancionarse separadamente; pero no se explica por qué debe castigarse más severamente cuando se quiera encubrir matando. No es esta la opinión del legislador, pues entiende necesario elevar la muerte a la consideración de asesinato⁴⁸.

1. *Fundamento de la circunstancia*

Las mismas dificultades que se planteaban en relación a la muerte para facilitar la comisión de otro delito se plantean ahora para determinar el fundamento de esta otra modalidad.

Mientras que en aquel primer supuesto cabía la posibilidad de plantearse su fundamento en una mayor culpabilidad del autor, no ocurre lo mismo en el segundo: matar para autoprotegerse no puede conllevar un mayor reproche al autor. De basar esta circunstancia en un mayor grado de culpabilidad, estaríamos admitiendo que, en estos casos, elevamos el nivel de exigencia en relación a la adecuación de la conducta de un sujeto a la norma penal. En efecto, si el seguimiento de la norma puede implicar aumentar la probabilidad de entrar en prisión, es razonable pensar que el sujeto tenga dificultades para respetarla⁴⁹.

Podríamos pensar que son razones de prevención general negativa las que explicarían la agravación: quien comete un delito y luego mata a su víctima para lograr la impunidad, si no se encuentra más gravemente amenazado por el Derecho penal que quien no la mata, no tomará ninguna medida preventiva para evitar la muerte. En definitiva, la amenaza de una pena considerable puede llevar al sujeto a interponer las medidas para conseguir lograr su objetivo sin necesidad de matar. El problema es que aquí nos encontramos con las dificultades para demostrar la virtualidad de la finalidad preventivo-general a nivel experimental (en la inmensa mayoría

⁴⁷ Así lo hemos señalado desde su aparición: Sierra López, M.^a V.: “Homicidio y asesinato...”, pág. 154; Alonso de Escamilla, A.: “Delitos contra la vida humana independiente: Homicidio, asesinato y suicidio”, en *Delitos. La Parte Especial del Derecho Penal* (Coord. Carmen Lamarca Pérez), ed. Dykinson, Madrid, 2017, pág. 18.

⁴⁸ Como sabemos, la regla general de castigar el autoencubrimiento tenía una excepción en los supuestos de homicidio seguido de una inhumación ilegal. El Tribunal Supremo entendía que la ocultación del cuerpo era un acto posterior impune, pues el desvalor del primer acto consume al desvalor del posterior. Vid. Goyena Huerta, J.: “Artículo 139”, pág. 55.

⁴⁹ De la misma opinión, Peralta, J. M.: *Motivos...*, pág. 303.

de las ocasiones, el delincuente, cuando piensa en el delito, no piensa en la pena), además de que todavía no hay estudios empíricos que puedan demostrar con certeza la eficacia de los efectos preventivo-generales de la pena⁵⁰. Por otra parte, una pena basada en razones de prevención general que supere el grado de culpabilidad parece que vulneraría los principios que le otorgan su legitimidad.

Quedaría el considerar un mayor contenido de injusto como fundamento de la circunstancia. En atención a la morfología del tipo subjetivo, podríamos entender que existe un mayor desvalor de la acción⁵¹: el papel principal lo juega la intención del autor, que mata para encubrir otro delito. Pero, a diferencia de la modalidad de matar para facilitar la comisión de otro delito, su fundamento es otro. Desde mi punto de vista, hay mayores razones que avalan un mayor desvalor del resultado, porque la producción de la muerte es posterior al hecho que se quiere encubrir. La muerte de un ser humano para evitar que se descubra la comisión de otro delito puede implicar un mayor desvalor en tanto en cuanto nos encontraríamos con dos bienes jurídicos en el radio de actuación: la vida humana y la administración de justicia como interés del Estado en la persecución de delitos⁵². No obstante, desde mi punto de vista, detrás de todo ello (y al igual que ocurre en la primera modalidad) también se esconde solapadamente la mayor peligrosidad del autor; peligrosidad referida a su actitud criminal respecto del bien jurídico más valioso, la vida, y el desprecio hacia el mismo, evidenciado en la finalidad perseguida al matar (encubrir otro delito). El legislador da entrada así a la peligrosidad como elemento diferenciador entre homicidio y asesinato, y con ello, muy arriesgadamente, al Derecho penal de autor. Sobre la crítica a este efecto me remito a lo dicho *supra*.

2. Características del hecho encubierto

La conducta típica consiste en matar a otro "... para evitar que se descubra". La primera cuestión debe girar en torno a la determinación del objeto del encubrimiento; en otras palabras, si el legislador está refiriéndose exclusivamente al encubrimiento de conductas delictivas o a cualquier hecho, sea lícito o ilícito. Para contestar a esta pregunta, poca ayuda nos ofrece la justificación de esta nueva modalidad del asesinato, que no es otra que su intención: autoprotegerse. Y en principio, desde la simple actitud interna, es indiferente por qué se quiere autoproteger el sujeto (por la previa comisión de un delito o por la realización de una conducta moralmente reprobable). Es más, como podemos intuir, el contenido de la intención que tenga

⁵⁰ Peralta. J. M.: *Motivos...*, pág. 83.

⁵¹ Alonso Álamó, M.: "La reforma del homicidio...", pág. 41.

⁵² En sentido contrario, Alonso Álamó, quien considera que no hay razones "para entender que se pretende proteger el interés del Estado a la persecución de los hechos delictivos...". Desde su punto de vista, no es el mayor desvalor del resultado, sino el mayor desvalor subjetivo-final de la acción lo que parece agravar por razones de injusto. Alonso Álamó, M.: "La reforma del homicidio doloso...", pág. 42.

el autor para la autoprotección no tiene por qué aumentar el peligro de la acción para la víctima.

A través de una interpretación gramatical y teleológica se puede vislumbrar el alcance del tipo. En la redacción de la circunstancia (el objeto del encubrimiento debe ser un hecho delictivo⁵³), el legislador utiliza un recurso lingüístico como la elipsis para evitar una innecesaria repetición. Por tanto, son en primer lugar razones gramaticales las que llevan a esta interpretación restrictiva. En segundo lugar, desde un punto de vista teleológico, entiendo, en buena lógica con su naturaleza, que el mayor desvalor se justifica en tanto en cuanto la muerte puede conllevar una clara obstaculización de la Administración de Justicia, ya favoreciendo la impunidad del delincuente, ya dificultando la investigación de los hechos o la captura del sujeto responsable.

Por otra parte, esta argumentación explicaría por qué no están recogidos en el asesinato todos los fines de autoprotección, pues justifica la selección en base a una mayor gravedad del injusto. El problema es que no justifica por qué se incluyen determinados motivos (encubrir un delito) y no otros, como veremos a continuación.

Una vez determinado que el hecho debe ser delito, hay que precisar el momento en el que se ha de haber cometido el delito encubierto. En este sentido, la doctrina⁵⁴ se planteó si el precepto se refiere únicamente a la comisión de un delito precedente o cabe también el supuesto de muerte cometida para evitar que se descubra un delito que se pretende cometer pero que todavía no se ha cometido. El legislador no se ha pronunciado al respecto; más bien deja la puerta abierta, pues no utiliza la expresión “encubrir”, sino “evitar que se descubra”. Por ello, en principio, podría admitirse una interpretación amplia de la circunstancia, de manera que incluyera no solo los casos en los que la muerte es posterior al delito que se quiere encubrir, sino también los supuestos en los que se mata con anterioridad para no ser descubierto. De admitirse una interpretación amplia (aglutinadora de muerte precedente, simultánea y posterior para evitar ser descubierto), podríamos dificultar la distinción entre las dos modalidades de la circunstancia 4.^a, pues la línea divisoria entre matar para facilitar la comisión de otro delito y matar para evitar que se descubra sería aquí tenue, lo que aumentaría los problemas probatorios porque podría haber casos en donde fuera complejo determinar, teniendo en cuenta la exigencias de los principios de taxatividad y seguridad jurídica, si la muerte precedente se produjo para facilitar el delito o para evitar ser descubierto. Por tanto, entiendo que, si la primera submodalidad (para facilitar la comisión de otro delito) abarca supuestos en los que

⁵³ En el mismo sentido Álvarez García, J. / Ventura Püschel, A.: “Delitos contra la vida humana independiente: homicidio y asesinato...”, pág. 329. Ambos autores señalan que el interés del sujeto activo puede referirse a que se descubra tanto la existencia misma del hecho como la identidad de los participantes en el mismo.

⁵⁴ Cuenca García, M. J.: “Problemas interpretativos...”, pág. 144.

la muerte precede al delito facilitado, la segunda, dada su similitud con la figura del encubrimiento (que tradicionalmente se ha considerado como forma de participación postdelictual), debe exigir la previa comisión del delito que se quiere encubrir. Por otra parte, con esta interpretación se establece una clara línea diferenciadora a nivel temporal entre las dos modalidades contenidas en la circunstancia 4.^a del artículo 139, pues mientras que la primera comprendería los supuestos en los que se favorece o facilita la comisión de otro delito que todavía no se ha cometido, la segunda modalidad acoge los casos en los que el delito debe haberse realizado⁵⁵.

Una vez determinado que el delito que se pretende encubrir debe haberse cometido con anterioridad a la muerte, queda por plantear el ámbito de esta circunstancia, es decir, si matar para evitar que se descubra otro delito también comprendería matar para evitar que se descubra el delito cometido por otro o para asegurar la impunidad para sí⁵⁶ o para un tercero. A diferencia de otras legislaciones europeas en donde se recogen expresamente estos fines, la legislación española se ciñe a la expresión “matar para evitar que se descubra un delito previamente cometido”. La misma nos conduce también a plantear si estarían aquí comprendidos algunos de los supuestos a los que hace mención el artículo 451 del CP, estableciendo así un paralelismo entre la expresión “para evitar que se descubra” y el delito de encubrimiento. De este último, a los efectos de la modalidad del asesinato, resaltamos las conductas consistentes en intervenir con posterioridad a la ejecución del delito que se quiere ocultar, se quiere encubrir o cuya investigación se quiere eludir, o para evitar la captura del responsable, o para que el responsable del delito se beneficie de las consecuencias económicas del mismo. Por ejemplo, ¿se encuentran también incluidos en el asesinato “para evitar que se descubra” los supuestos en los que se mata para evitar ser capturado (pienso en el caso de matar para encubrir la autoría de un delito, que, por ejemplo, se esté investigando) o dar muerte para alcanzar el agotamiento de un delito, por ejemplo, de robo?

De poco puede servir acudir al fundamento de esta circunstancia del asesinato para responder a la cuestión, porque si tal fundamento se encuentra en el mayor desvalor de la conducta al lesionar un bien jurídico (vida) y poner en peligro otro (administración de justicia), esto mismo puede predicarse de los casos anteriormente mencionados.

Hay que acudir a la interpretación lingüística de los términos empleados en la descripción típica. El legislador se refiere literalmente a matar para evitar que se descubra un delito cometido, es decir, evitar que se conozca o que salga a la luz un

⁵⁵ Para Alonso Álamó, la circunstancia permite que el delito que se quiere encubrir sea anterior, simultáneo o posterior a la ejecución de la muerte. Alonso Álamó, M.: “La reforma del homicidio doloso...”, pág. 42.

⁵⁶ Aquí podríamos incluir casos en los que el conductor del automóvil al que se le da el alto por la posible comisión de un delito contra la seguridad vial, con la intención de asegurar la impunidad, arrolla y mata a uno de los agentes de tráfico, como veremos más adelante.

hecho que era ignorado. Desde mi punto de vista, y de acuerdo con esta definición, quedarían aquí incluidos tanto los casos en los que se quiere encubrir el delito como la autoría o participación en el mismo⁵⁷. Por consiguiente, deben quedar fuera de la descripción típica los casos en los que la muerte se ejecuta con finalidades distintas a la de evitar el descubrimiento del delito. No puede identificarse el ámbito de supuestos del elemento “evitar que se descubra” con el del delito de encubrimiento⁵⁸, pues una interpretación amplia de esta circunstancia puede llevar a situaciones de dudosa comprensión de la muerte como asesinato. Entiendo, de acuerdo con el tenor literal de la ley, que el legislador ha pretendido elevar a la categoría de asesinato exclusivamente los motivos mencionados en la circunstancia 4.^a del n.º 1 del art. 139, no pudiéndose incluir aquí otro tipo de intenciones. Esta interpretación estricta en el delito de asesinato también se vincula a su significado y lleva a demandar una línea clara de demarcación con el homicidio. Y, desde esta base, la acogida de los motivos debe quedar reducida a lo estrictamente determinado por el legislador. Solo así puede respetarse el mandato de certeza en la descripción del tipo.

Finalmente, queda por precisar si el delito cometido debe haber sido consumado o puede haber quedado en fase de tentativa. El legislador no especifica si el delito encubierto debe encontrarse en una concreta fase punible del *iter criminis*; en este sentido, entiendo que utiliza el término delito en un sentido amplio, comprendiendo la consumación, la tentativa o los actos preparatorios punibles⁵⁹.

3. *La relación entre el delito encubierto y la muerte*

En lo relativo a la estructura típica, se reproducen las cuestiones que se planteaban en la primera modalidad de la circunstancia 4.^a. Estamos ante un elemento subjetivo cuya función es restringir el ámbito típico a través de la concreción de la conducta que se pretende castigar⁶⁰. En este sentido, el elemento subjetivo viene a concretar la forma en la que se quiere castigar la destrucción del bien jurídico vida humana. En otras palabras, el tipo objetivo (matar a otra persona) viene a delimitarse a través del elemento subjetivo, dejando fuera otras formas de lesionar la vida. Considerado así, no coincidiría exactamente con los delitos mutilados de dos

⁵⁷ En el mismo sentido, Álvarez García, J. / Ventura Püschel, A.: “Delitos contra la vida humana independiente: homicidio...”, pág. 329.

⁵⁸ En sentido similar, Pantaleón Díaz, M. y Sobejano Nieto, D.: “El asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para...”, pág. 229. En parecidos términos, Muñoz Conde, quien niega la posibilidad de calificar como asesinato cuando el delito ya es conocido o ha sido ya descubierto. Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte Especial...* (2017), pág. 49.

⁵⁹ En el mismo sentido, Pantaleón Díaz, M y Sobejano Nieto, D.: “El asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para...”, pág. 228.

⁶⁰ Gil y Gil, A.: “El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 6, 2000, pág. 104.

actos,⁶¹ pues en estos últimos el segundo acto debe estar vinculado con el ataque al bien jurídico, aunque el tipo objetivo no lo exija. Por las mismas razones (estructura típica del asesinato), tampoco es, en puridad, un delito de resultado cortado⁶². Es cierto que tiene una cierta similitud con ellos proveniente del hecho de que el elemento subjetivo final está vinculado a la realización de otro hecho cuya peculiaridad consiste en constituir otro delito; por eso la finalidad perseguida es ajena al bien jurídico vida.

Por otra parte, el legislador no determina temporalmente la relación entre la muerte y el delito encubierto. No exige que se produzca de manera inmediata ni tampoco establece un límite de tiempo que ha de pasar entre la comisión del delito que se quiere encubrir y la muerte.

Tampoco se menciona en el precepto si debe existir o no alguna relación o vinculación de la víctima de la muerte con el delito que se quiere encubrir. Dado que la intención del sujeto es matar para evitar que se descubra un delito cometido, no es necesaria la vinculación de la víctima del asesinato con el delito encubierto, por ejemplo, si el ladrón, años después de haber cometido el robo, mata al que le amenaza con descubrir su delito. Será indiferente el cómo, el cuándo y el a quién (no será necesario matar a la víctima del delito del que trae causa)⁶³. En un esfuerzo por acotar el tipo, la doctrina ha entendido que evidentemente no procede aplicar esta circunstancia en los casos en los que se mata para evitar que se descubra un delito prescrito⁶⁴.

Respecto del grado de intervención del autor de la muerte en el delito que se pretende encubrir, por más que se pudiera entender que el legislador pretendiese sancionar por esta vía al autor de la muerte y de un delito cometido por él y que quisiera encubrir, nada ha dejado reflejado en la descripción de la circunstancia. Por consiguiente, al igual que ocurre con el primer supuesto de la circunstancia 4.^a del art. 139, podrían estar aquí comprendidos tanto los casos en los que el autor de la muerte es un mero partícipe del delito que se pretende encubrir como los supuestos en los que ni siquiera ha participado en el mismo.

Finalmente, el delito que se quiere encubrir puede ser doloso o imprudente, pues nada se menciona en el precepto y tampoco hay razones que avalen una interpretación restrictiva en este sentido. Apreciamos aquí otra diferencia con la primera modalidad, en donde el delito facilitado debe ser doloso.

⁶¹ Para un sector de la doctrina, por el contrario, el segundo supuesto de asesinato recogido en la circunstancia 4.^a sí es delito mutilado de dos actos y de resultado cortado. Peralta, J. M.: *Motivos...*, págs. 301 y 302; Cadena Serrano, F.A.: "Delitos de homicidio y asesinato...".

⁶² En el mismo sentido, Alonso Álamo, M.: "La reforma del homicidio doloso...", pág. 41, nota 38.

⁶³ Sierra López, M.^a V.: "Homicidio y asesinato...", pág. 154.

⁶⁴ Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte Especial...* (2017), pág. 50.

VII. DOLO Y ELEMENTO SUBJETIVO

El elemento subjetivo exige un análisis de su relación con el dolo y, más concretamente, de su compatibilidad con el dolo eventual. Como es sabido, el eterno debate en el asesinato es si cabe el dolo eventual. Un importante sector doctrinal⁶⁵ negaba esta posibilidad sobre todo teniendo en cuenta la función dogmática y político-criminal de este delito. Sin embargo, nuestra jurisprudencia lo venía admitiendo⁶⁶ fundamentalmente sobre la base de diferenciar entre un dolo directo respecto de la presencia de las circunstancias y un dolo eventual respecto de la producción del resultado de muerte.

Tras la reforma operada por la L.O. 1/2015, esta cuestión se complica porque ahora hay que determinar si es compatible la presencia de un elemento subjetivo con el dolo eventual. Es decir, si es posible afirmar que el caso en el que el sujeto, con la finalidad de evitar el descubrimiento de un delito anterior, lleva a cabo una actuación consciente de la alta probabilidad de producción del resultado de muerte y evidencia con ello una total desconsideración hacia el bien jurídico es equiparable a efectos del art. 139.1.4.^a con el supuesto en el que el sujeto, con la finalidad de evitar el descubrimiento de un delito anterior, dirige su acción directamente a causar la muerte de la víctima. Un sector de la doctrina⁶⁷ ha negado la posibilidad de admitir el dolo eventual junto con el elemento tendencial en el asesinato, pues del “tenor literal se deduce que la muerte debe quererarse directamente como medio «para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra»”⁶⁸. Por el contrario, hay autores que mantienen la compatibilidad de ambos elementos, siguiendo los argumentos jurisprudenciales a este respecto⁶⁹.

⁶⁵ Por todos, Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 19.^a edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 54; Corcoy Bidasolo, M. / Mir Puig, S.: *Comentarios al Código Penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 327; Morales Prats, F.: “Título I. Del homicidio y sus formas”, en Quintero Olivares, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal. T.II Parte Especial (Artículos 138 a 318)*, 5.^a edición, ed. Aranzadi, Pamplona, 2008, pág. 61.

⁶⁶ SSTs 1804/2002, de 31 de octubre; 1403/2011, de 28 de diciembre; 618/2012, de 4 de julio; 1000/2012, de 18 de diciembre y 12/2014, de 24 de enero. Textualmente se afirma en la sentencia 1180/2010, de 22 de diciembre: “...tal como se sostiene por la jurisprudencia más reciente, puede actuarse con dolo directo a la hora de elegir o seleccionar los medios de ejecución de la agresión y al mismo tiempo actuar con dolo eventual con respecto a la muerte de la víctima. Pues el asegurar la acción agresora no comporta necesariamente que se asegure con el fin específico o la intención directa de matar, sino que se puede actuar sólo con el fin de causar un peligro concreto de muerte, asumiendo el probable resultado. De modo que la selección del medio y de la forma de ejecución puede ser muy intencionada y planificada, y, en cambio, el fin que conlleva ese medio puede quedar más difuminado o abierto para el sujeto agresor, por no tener un especial interés o una directa intención de asegurar el resultado concreto de muerte. Lo cual no quiere decir que no lo asuma o acepte dado el riesgo elevado que genera con su acción (dolo eventual)”.

⁶⁷ Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte especial...* (2017), págs. 51 y 52; Morales Prats, F.: “Libro II: Título I (Art. 139)”, en Quintero Olivares, G. (Dir.): *Comentarios...* (2016), pág. 983.

⁶⁸ Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte Especial...* (2017), pág. 52.

⁶⁹ Corcoy Bidasolo, M. (Dir.): *Manual práctico de Derecho Penal Parte Especial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 41.

Hasta la reforma, la línea jurisprudencial en el asesinato mostraba que el dolo eventual se admitía en todas las modalidades, incluso en aquella en donde se exigía el móvil lucrativo (precio, recompensa o promesa); concretamente, la STS 435/2007, de 16 de mayo, reconoce dicha posibilidad⁷⁰. Tras la reforma de 2015, nuestros tribunales han entendido que tampoco hay inconvenientes en su apreciación en la circunstancia 4.^a. El ejemplo lo tenemos en la SAP de Sevilla 759/2017, de 6 de junio, en donde se condenó al acusado por los delitos de agresión sexual (art. 180.1, 1.^a, 3.^a y 5.^a en relación con el art. 179 CP) y asesinato (concurriendo las circunstancias 1.^a y 4.^a del art. 139.1 CP). La Audiencia apreció dolo eventual respecto de la producción del resultado de muerte⁷¹. Es más, posteriormente, el fallo fue confirmado por la STSJ de Andalucía 26/2017, de 12 de diciembre. La Audiencia afirmó la presencia de dolo eventual en base a los siguientes motivos (Fundamento Jurídico Noveno): “En este caso el acusado eligió el instrumento para llevar a cabo el delito contra la libertad sexual con absoluta despreocupación sobre las heridas que la introducción de un objeto romo de grandes dimensiones en la cavidad anal de una joven delgada seguro producirían, e incluso, antes de marcharse del escenario del crimen, pudo advertir la hemorragia que las lesiones causadas produjeron, por lo que el desenlace era previsible a la par que evitable, dada la hora y el lugar en el que ocurrieron los hechos, y el procesado no hizo absolutamente nada para evitar el resultado que se representó y aceptó conscientemente. En atención a lo expuesto concurre en este caso la intención o ánimo de matar por dolo eventual exigido en el tipo”⁷². No obstante, esta configuración de la actuación del

⁷⁰ En el caso planteado ante el TS, la defensa argumentó la existencia de dolo eventual en relación a dos de los acusados, quienes, habiendo recibido una cuantía económica para matar a un tercero si las cosas no iban bien, llegado el momento, apuntaron a la víctima y dispararon.

Es verdad que, de acuerdo a como se desarrollan los acontecimientos, se aprecia por el Tribunal, acertadamente, dolo directo de matar y no dolo eventual. Sin embargo, más adelante, argumenta la sentencia en su FJ Segundo: “Con independencia de lo anterior, si bien es cierto que en el ámbito dogmático es mayoritaria la opinión de quienes niegan la posibilidad de un asesinato cometido por dolo eventual, no faltan propuestas que estiman perfectamente posible tal compatibilidad, distinguiendo entre el dolo referido a las circunstancias mismas -en el presente caso, el precio o recompensa-, que ha de ser abarcado por un dolo directo, y el dolo referido a la muerte, respecto del que bastaría el dolo eventual. Tal idea ha sido acogida por la propia jurisprudencia de esta misma Sala (cfr. SSTS 175/2004, 13 de febrero y 415/2004, de 25 de marzo)”. Con ello, admite la compatibilidad de la circunstancia de precio, recompensa o promesa con dolo eventual de matar.

⁷¹ Los hechos fueron resumidamente los siguientes: la víctima, inestable emocionalmente, con el fin de llamar la atención de su familia, ingirió diversos fármacos en un lugar apartado y poco visible del parque de María Luisa, después de la hora de cierre. Esa misma tarde entró en el parque el condenado, dirigiéndose a la zona donde se encontraba la víctima y, advirtiéndole el aturdimiento de esta y la limitación en su capacidad de movimientos (pues ya habían empezado a hacer efecto los fármacos), la despojó de sus ropas y primero le introdujo los dedos en la vagina y posteriormente le introdujo analmente un objeto de grandes dimensiones con tal fuerza que le produjo graves desgarros y lesiones en la cavidad anal y rectal, y consiguientemente una gran hemorragia. Posteriormente la vistió y la trasladó a otro lugar, abandonándola. La mujer, a consecuencia del shock hemorrágico producido por las graves lesiones anales y rectales descritas, falleció dos o tres horas después de la agresión sexual.

⁷² STS 114/2015, de 12 de marzo, siguiendo a las STS 1180/2010, de 22 de diciembre; STS 460/2010, de 14 de mayo; y STS 138/2010, de 10 de marzo; STS 455/2014, de 10 de junio.

acusado debe vincularse con el especial elemento subjetivo (matar para evitar que se descubra el delito cometido), y personalmente creo que tal vinculación es difícil. Si seguimos los argumentos elaborados por nuestro Tribunal Supremo para admitir el dolo eventual en el asesinato, se trata de que el sujeto actúe con “dolo directo a la hora de elegir o seleccionar los medios de ejecución de la agresión y al mismo tiempo actuar con dolo eventual con respecto a la muerte de la víctima. Pues asegurar la acción agresiva no comporta necesariamente que se asegure con el fin específico o la intención directa de matar, sino que se puede actuar solo con el fin de causar un peligro concreto de muerte”. Esta interpretación, desde mi punto de vista, vuelve incompatibles la circunstancia 4.^a del artículo 139 y la causación de la muerte con dolo eventual, pues el precepto exige “matar para evitar que se descubra otro delito”; por tanto, la muerte debe ser directamente querida. En esto coincido con Muñoz Conde⁷³.

Pero, saliéndonos del supuesto enjuiciado por la Audiencia Provincial de Sevilla y siguiendo la interpretación jurisprudencial (desde mi punto de vista, extensiva) del asesinato, podrían incluirse casos que, a mi entender, no deberían calificarse como tal, por la función que siempre ha estado llamada a cumplir este delito. Pensemos en alguno de los supuestos que acaecen en el tráfico automovilístico en los que, después del accidente, el conductor se da a la fuga por miedo a ser descubierto. En caso de apreciarse dolo eventual respecto de la muerte, y siendo esta consecuencia de la omisión de socorro, la calificación tendría que elevarse a asesinato (asesinato con dolo eventual y en comisión por omisión). O también el supuesto en el que el sujeto activo atropella imprudentemente al peatón y, por miedo a ser descubierto, lo esconde, muriendo varias horas después por falta de atención (en donde se aprecia dolo eventual respecto del resultado de muerte). Conforme a la tesis jurisprudencial, estaríamos ante un delito de asesinato concurriendo la circunstancia 4.^a (con dolo eventual y en comisión por omisión). También se calificarían como asesinato casos en los que el conductor del automóvil al que se le da el alto por la posible comisión de un delito contra la seguridad vial, con la intención de no ser descubierto arroja y mata a uno de los agentes de tráfico. Desde mi punto de vista, sin embargo, todos los casos que he mencionado deben calificarse como homicidio: el elemento intencional del asesinato debe estar vinculado a una clara y directa finalidad de matar. Solo así se puede evitar, como efecto posible de esta dirección jurisprudencial, la difuminación entre homicidio y asesinato.

VIII. PROBLEMAS CONCURSALES

Queda por último revisar los problemas de delimitación de la circunstancia objeto de comentario frente a la contenida en el artículo 140.1, 2.^a (“que el hecho fuera

⁷³ Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte Especial...* (2017), pág. 51.

subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima”). La doctrina⁷⁴ no mantiene una postura unánime en torno a la concurrencia de ambas circunstancias y su solución ante posibles problemas de *bis in idem*. La escasa jurisprudencia habida hasta este momento se hace eco también de esta cuestión planteando problemas de concurrencia, pero sin entrar en más profundidades; concretamente me refiero a la Audiencia Provincial de Sevilla en su sentencia de 6 de junio de 2017 (SAP de Sevilla 759/2017). En este caso, entendió, entre otras razones, que la redacción poco clara de la circunstancia (“ambigua”, en palabras del tribunal) le imposibilitaba la subsunción de los hechos. La Audiencia consideró⁷⁵ en su Fundamento Jurídico Décimo lo siguiente: “[...] En segundo lugar y con respecto al principio “non bis in idem”, vinculado a los principios de legalidad y tipicidad, invocado por la acusación pública al solicitar con carácter alternativo la aplicación de la pena máxima por el delito de asesinato, debemos recordar que dicho principio definido por el Tribunal Constitucional con ocasión de múltiples recursos de amparo impide que recaiga doble sanción cuando para el supuesto concreto exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.”

En este caso la ambigua expresión “subsiguiente” y la deficiente técnica legislativa del precepto impiden al Tribunal encuadrar los hechos en este subtipo agravado al amparo de principios rectores del Derecho penal como el invocado principio “non bis in idem”.

El Tribunal Superior de Justicia (STSJ de Andalucía 26/2017, de 12 de diciembre), al confirmar el fallo de la AP de Sevilla, tampoco entró a dilucidar el posible concurso de leyes, ya que entendió que la muerte no fue subsiguiente al delito contra la libertad sexual, sino simultánea (la conducta que causa la muerte comenzó en el mismo acto de la agresión sexual). Solamente deja claro que debe hacerse una interpretación restrictiva y no muy extensiva de la circunstancia.

En definitiva, parece claro que el grave salto punitivo que conlleva el artículo 140 exige un detenido análisis no solo de la circunstancia 2.ª del artículo 140.1, sino también de su concurrencia con la circunstancia 4.ª del artículo 139.1 C.P. De cualquier forma, como ya he mantenido en otra ocasión⁷⁶, en casos en los que el

⁷⁴ Para una parte de la doctrina, cada una de las circunstancias tiene su propio espacio, con lo que no habría problemas de *bis in idem* [Alonso Álamó, M.: “La reforma del homicidio doloso...”, pág. 44; Muñoz Ruiz, J.: “Capítulo undécimo. Delitos contra la vida y la integridad física”, en Morillas Cueva (Dir.): *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 353], mientras que para otro sector doctrinal, si la muerte subsiguiente se lleva a cabo para impedir el descubrimiento del delito sexual y es este hecho lo que da lugar a la calificación de la muerte como asesinato, para evitar el *bis in idem* no debería aplicarse esta cualificación [Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal...* (2017), pág. 56; Sierra López, M.ª V.: “Homicidio y asesinato...”, págs. 156 y ss.]

⁷⁵ En el caso enjuiciado no se apreció la circunstancia 2.ª (muerte subsiguiente a un delito contra la libertad que el autor hubiera cometido sobre la víctima) porque, según la autopsia, la víctima murió pasadas dos o tres horas de la agresión sexual.

⁷⁶ Sierra López, M.ª V.: “Los principales problemas que suscita el delito de asesinato en el Proyecto de Reforma de Código Penal de 2013”, en Muñoz Conde (Dir.): *Análisis de las reformas penales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 61 y 62.

delito de asesinato se conforme únicamente con la circunstancia 4.^a del artículo 139.1, no debería posibilitarse la aplicación de la circunstancia 2.^a del artículo 140.1. Si, como he mantenido a lo largo de estas páginas, la muerte para encubrir debe ser posterior al delito y la subsiguiente es también posterior, aunque inmediata al delito sexual, el desvalor de esta última conducta estaría contenido en aquella.

IX. CONCLUSIONES

Queda todavía mucho camino por recorrer en la consolidación de la circunstancia 4.^a del asesinato y en el acotamiento de sus límites. La inclusión de elementos subjetivos, además de aumentar las dificultades probatorias, introduce parámetros que nos aproximan cada vez más a un Derecho penal de autor, e incorpora nuevos problemas en la determinación de la figura delictiva. A ello hay que añadir que contribuye a difuminar la frontera entre el homicidio y el asesinato y a plantearnos una clara sobrevaloración punitiva de algunas de las características del asesinato. Paralelamente, y como también ha puesto de manifiesto la doctrina⁷⁷, con las nuevas circunstancias parece haberse producido un fenómeno anómalo y en cierta medida también perturbador. Concretamente estoy refiriéndome a la subvaloración del bien jurídico vida: lo trascendente en esta nueva configuración del asesinato no es tanto el hecho de matar dolosamente a otro, sino los fines que han llevado a provocar la muerte. Esta forma de concebir el delito resulta turbadora, pues no solo introduce, sino que le otorga un importante papel protagonista a elementos personales (formas de ser, inclinación al delito...) que nos alejan del principio de la responsabilidad por el hecho.

A todo ello hemos de añadir que la introducción de un elemento intencional provoca como efecto colateral su incompatibilidad con el dolo eventual de matar. El asesinato a través de la agravación 4.^a solo podrá ser cometido con dolo directo de matar, pues la exigencia típica de dar muerte con una concreta intencionalidad requiere que esta sea directamente querida.

Pero las dudas sobre esta modalidad del asesinato también se generan respecto de su fundamento; tanto es así que es uno de los temas donde se ha generado un intenso debate. En relación con la variante consistente en matar para facilitar la comisión de otro delito, considero que son razones preventivas las que justifican su existencia y, más concretamente, preventivo especiales: la peligrosidad del autor es lo que explica la presencia de esta circunstancia, pues todo el peso de esta modalidad radica en el especial elemento subjetivo (matar para facilitar la comisión de otro delito). Esta intención desvela una mayor peligrosidad del autor, que no duda

⁷⁷ Sanz Morán, A.: “La reforma de los delitos contra la vida”, en en Maqueda Abreu, M. L. / Martín Lorenzo, M. y Ventura Püschel, A. (Coords.): *Derecho Penal para un Estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, ed. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2016, pág. 826.

en instrumentalizar a la víctima para lograr su ulterior propósito (cometer otro delito). Este concreto móvil, en definitiva, evidencia una mayor potencialidad delictiva. Ahora bien, ¿el que está dispuesto a cometer un delito y mata para facilitarlo es más peligroso que el que mata para cometer un hecho no delictivo? Solo se puede contestar afirmativamente si partimos de una previa inclinación delictiva del sujeto y, por tanto, de una mayor predisposición criminal en quien tiene la intención de cometer un delito que en quien tiene otra intención. A fin de cuentas, el primero presenta una actitud más incisiva, claramente enfrentada a las normas jurídico penales. O, al menos, esta parece ser la idea a la que nos conduce el planteamiento del legislador.

Igual fundamento puede predicarse de la segunda modalidad de la circunstancia 4.^a (matar para evitar que se descubra un delito anterior): aquí la peligrosidad está referida a la actitud criminal del sujeto respecto del bien jurídico más valioso (la vida) y el desprecio hacia el mismo, evidenciado en la finalidad perseguida al matar (encubrir otro delito).

En otro orden de cosas, las mayores contrariedades que suscita la primera modalidad de la circunstancia 4.^a (matar para facilitar la comisión de otro delito) se originan en materia concursal, según hemos desarrollado a lo largo de estas páginas, en los tres supuestos siguientes.

En el primero de ellos (cuando la muerte [violencia] se lleva a cabo para facilitar la comisión de otro delito y, a la vez, se utiliza para conformar la violencia típica del delito facilitado), se plantea el problema de la doble valoración de la muerte, al encontrarnos como delito facilitado un delito complejo. En estos supuestos, al ser la violencia de carácter instrumental, cosa que también se exige en el asesinato vía circunstancia 4.^a, estaríamos ante un mismo hecho valorado dos veces: la violencia siempre ha de ejercerse para facilitar o asegurar el hecho, exigencia típica del delito complejo, por lo que, en puridad, no se facilita un delito distinto (“otro delito”), sino que se favorece el propio delito.

En segundo lugar, respecto de la relación concursal entre el asesinato y el delito facilitado, no siempre estaremos ante un concurso medial, dado que a través de la agravación 4.^a se pretende castigar la intención perseguida al matar y no se exige que la muerte aparezca objetivamente como necesaria para la comisión del delito fin. Es, por tanto, posible que en determinados casos nos encontremos ante un concurso real de delitos.

El tercer y último supuesto se refiere a la compatibilidad entre la alevosía y matar para facilitar la comisión de otro delito. Esta concurrencia de circunstancias ha de admitirse de manera restrictiva: dado que la razón de ser de las dos agravaciones es la misma (toda la actuación se dirige hacia una ejecución hábil, óptima del delito), en casos en los que el medio, modo o forma faciliten la muerte y la realiza-

ción del otro delito, no deberían apreciarse conjuntamente ambas, sino solo una, la alevosía.

También se plantean dudas respecto de la concurrencia de matar para evitar que se descubra un delito anteriormente cometido con la segunda de las modalidades del asesinato hipercualificado (muerte subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima). Entiendo que, en casos en los que el delito de asesinato se conforme únicamente con la circunstancia 4.^a del artículo 139.1, no debería posibilitarse la aplicación de la circunstancia 2.^a del artículo 140.1: si la muerte para encubrir debe ser posterior al delito y la subsiguiente es también posterior, aunque inmediata al delito sexual, el desvalor de esta última conducta estaría contenido en aquella.

En conclusión, esta circunstancia viene a ser otra medida populista del legislador, que, por sus dificultades probatorias, límites difusos y problemas de incompatibilidad, provocará incompreensión y decepción en la sociedad, y, como efecto rebote, corre el riesgo de empañar aún más la Administración de Justicia, al ser tan farragosa su efectividad práctica; todo lo cual seguramente llevará a una huida hacia delante del populismo punitivo.

Bibliografía

- Alonso Álamo, M.: “La reforma del homicidio doloso y el asesinato por LO 1/2015”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 117, 2015.
- Alonso de Escamilla, A.: “Delitos contra la vida humana independiente: Homicidio, asesinato y suicidio”, en Lamarca Pérez, C (Coord.): *Delitos. La Parte Especial del Derecho Penal*, 3.^a edición, ed. Dykinson, Madrid, 2018.
- Álvarez García, J. / Ventura Püschel, A.: “Delitos contra la vida humana independiente: homicidio y asesinato (artículos 138, 139 140 y 140 bis)”, en Quintero Olivares (Dir.): *Comentario a la reforma penal de 2015*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2015.
- Arias Eibe, M.J.: “La circunstancia agravante de alevosía: estudio legal, dogmático penal y jurisprudencial”, RECPC 07-03 (2005) en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-03.pdf> [25/07/2019]
- Cadena Serrano, F.A.: “Delitos de homicidio y asesinato en la reforma operada en el Código Penal por Ley Orgánica 1/2015”, consultado en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia_CADENA_SERRANO.pdf?idFile=1e3aa192-5aad-41bc-b734-a79ece5d1740 [20/12/2018]
- Corcoy Bidasolo, M. (Dir.): *Manual práctico de Derecho Penal Parte Especial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- Cuenca García, M.^a J.: “Problemas interpretativos y de «non bis in ídem» suscitados por la reforma de 2015 en el delito de asesinato”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 118, 2016.
- Del Rosal Blasco, B.: “Política criminal de los delitos contra la vida humana independiente en el Proyecto de Código Penal de 1992”, en *Anales de la Facultad de Derecho*, 07-

- 09, 1992, pág. 139. También a través de <http://hdl.handle.net/10045/55143> [27/07/2019]
- Gil y Gil, A.: “El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 6, 2000.
- Goyena Huerta, J.: “Artículo 139”, en Gómez Tomillo, M (Dir.): *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo II Los delitos contra las personas*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2015.
- Juanatey Dorado, C.: “Asesinato”, en Boix Reig, J. (Dir.): *Derecho Penal. Parte Especial, Vol. I “La protección penal de los intereses jurídicos personales”*, 2.ª edición, ed. Iustel, Madrid, 2016.
- Morales Prats, F.: “Libro II: Título I (Art. 139)”, en Quintero Olivares, G (Dir.): *Comentarios al Código Penal Español*, T.I, 7.ª edición, ed. Aranzadi, Pamplona, 2016.
- Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 19.ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- *Derecho Penal. Parte Especial*, 21.ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- Muñoz Cuesta, J.: “Asesinato: muerte causada para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 5, 2018.
- Muñoz Ruiz, J.: “Capítulo undécimo. Delitos contra la vida y la integridad física”, en Morillas Cueva, L (Dir.): *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015.
- Pantaleón Díaz, M. y Sobejano Nieto, D.: “El asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra: la propuesta de dos modalidades de asesinato en el Código Penal español”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 29, 2014. (También accesible en internet, a través del enlace <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/5609> [20/12/2018]).
- Peralta, J.M.: *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de los motivos individuales para el Derecho Penal liberal*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2012.
- Peñaranda Ramos, E.: “Delito de asesinato: arts. 139, 140 y 140 bis CP”, en Álvarez García, J (Dir.): *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- “Las nuevas modalidades de los delitos de homicidio y asesinato introducidas por la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código penal”, *Cuadernos Penales José María Lidón*, n.º 13/2017, Universidad de Deusto, Bilbao, 2017.
- Sanz Morán, A.: “Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida”, ADPCP, 1995.
- “La reforma de los delitos contra la vida”, en Maqueda Abreu, M. L. / Martín Lorenzo, M. y Ventura Püschel, A. (Coords.): *Derecho Penal para un Estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, ed. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2016.
- Sierra López, M.ª V.: “Homicidio y asesinato: las modificaciones previstas en las últimas reformas legislativas (El Proyecto de Reforma del Código Penal de 20 de septiembre de 2013)”, en *Revista de derecho y proceso penal*, n.º 33, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2014.

- “Los principales problemas que suscita el delito de asesinato en el Proyecto de Reforma de Código Penal de 2013”, en Muñoz Conde (Dir.): *Análisis de las reformas penales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- Suárez-Mira Rodríguez, C.: “Del homicidio y sus formas (Arts. 138 y ss.)”, en González Cussac, J. (Dir.): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- Torío López, A.: “Estudio de la reforma de los delitos contra la vida (parricidio-asesinato)”, en *Repercusiones de la Constitución en Derecho Penal*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1983.
- Vizueta Fernández, J.: “Novedades del Proyecto de Reforma del Código Penal del 2013 en algunos delitos contra bienes jurídicos fundamentales”, *Diario La Ley* n.º 8311, 15 de mayo de 2014.